

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE ROLE DES FONDATEURS

DANS LA

CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

EN DROIT FRANÇAIS

(Sa nature juridique — Ses conséquences)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

*L'acte public pour les matières ci-après sera présenté et soutenu
le 7 février, à 15 heures 30*

PAR

P. DELAGE

Président : M. PERCEROU

Suffragants : $\left\{ \begin{array}{l} \text{MM. WAHL} \\ \text{RIPERT} \end{array} \right.$

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, BOULEVARD SAINT-MICHEL, 49

1923

**Le rôle des fondateurs
dans la
constitution des Sociétés Anonymes
en Droit Français**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE ROLE DES FONDATEURS

DANS LA

CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

EN DROIT FRANÇAIS

(Sa nature juridique — Ses conséquences)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

*L'acte public pour les matières ci-après sera présenté et soutenu
le 7 février, à 15 heures 30*

PAR

P. DELAGE

Président : M. PERCEROU

Suffragants : { MM. WAHL
RIPERT

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, BOULEVARD SAINT-MICHEL, 49

1923



CHAPITRE PREMIER

Des personnes comprises sous la dénomination de fondateurs

*Extension jurisprudentielle de la qualité de fondateurs
en raison de la responsabilité pesant sur eux.*

La première question à poser et à élucider avant d'en aborder toute autre, est de définir le terme même de fondateur, de déterminer qui possède ce titre ou autrement dit, quelles qualités sont nécessaires et suffisantes pour entraîner l'attribution de cette qualité (1).

La loi du 24 juillet 1867 n'en a pas posé la définition; c'est à peine d'ailleurs si on voit paraître le mot (art. 42).

Ce n'est pas que le législateur l'ait ignoré; qu'il n'ait compris son rôle économique; mais il ne s'est point douté de l'importance de son rôle juridique dont il n'a vu qu'un côté : la responsabilité.

Les auteurs, pour trouver une définition légale du mot ont été obligés de se reporter à l'exposé des motifs de la loi du 23 mai 1863 :

« Dans la pratique (2) personne ne se méprendra sur
« les personnes que ce mot désigne. Une société, sur-

(1) Consulter PERCEROU. Les Fondateurs de Sociétés Anonymes, chap. I.
— THALLER et PIC, Traité de Droit Commercial : Les Sociétés Commer-
ciales, tome II, n° 825 et suivants.

(2) TRIPIER. Comment. de la loi du 23 mai 1863, p. 27.

« tout une société nombreuse, ne se forme pas par le
« consentement spontané de tous ses membres; l'idée
« première appartient toujours à une ou à quelques
« personnes qui, après l'avoir mûrie, cherchent à la pro-
« pager. Elles sollicitent et obtiennent des adhésions,
« elles fondent véritablement la société. *Le vœu de la*
« *loi est que les fondateurs soient associés.* Le premier
« titre ne peut convenir qu'à ceux qui ont droit au se-
« cond. Un individu qui, par ses soins, parviendrait à
« déterminer un certain nombre de capitalistes, de com-
« merçants ou d'industriels, à former une société à la-
« quelle il resterait étranger, ne serait qu'un agent ou
« intermédiaire; on ne pourrait lui donner le titre de
« fondateur et considérer comme digne de quelque con-
« fiance sa déclaration que le capital est souscrit en
« entier et que le quart a été versé ».

Il résulte de ses explications données par M. Langlois rapporteur de la loi de 1863 que le fondateur, du moins tel qu'il l'entend, réunit en lui-même les trois qualités suivantes :

1° *Etre associé;*

2° *Avoir participé publiquement aux formalités cons-
titutives;*

3° *Etre un des promoteurs de l'affaire.*

Ainsi les fondateurs devraient être associés, c'est-à-dire souscripteurs d'actions, ce n'est pas que logiquement on ne puisse concevoir la solution contraire (nous verrons qu'elle a prévalu en jurisprudence); mais le promoteur non associé ne semble pas, aux yeux du rapporteur de la loi de 1863 offrir des garanties suffisantes pour lui permettre d'accomplir les actes nécessaires à la constitution de la Société Anonyme.

Quoi qu'il en soit, cette condition n'est écrite nulle part dans nos lois; même en l'admettant d'ailleurs quelle sanction pourra-t-on lui donner? On n'en voit qu'une : la nullité de la Société au cas où les actes constitutifs auraient été accomplis par des personnes non associées.

Or, qui ne voit pas que c'est alourdir d'une possibilité d'annulation de plus, un mécanisme déjà plus qu'alourdi en la matière, et ce sans aucun profit pour personne? Il ne sera pas, en effet, bien difficile aux promoteurs de mauvaise foi, en faisant agir un homme de paille souscripteur d'une action, de tourner cette prohibition.

Pratiquement, d'autre part, les fondateurs quand ils feront valoir leurs droits agiront dans l'immense majorité des cas en vertu de clauses précises des statuts (ce sont eux qui les ont faits) et n'auront point pour bénéficiaire de ces droits à prouver leur qualité de fondateur.

Mais la question se présente avec beaucoup plus d'acuité quand il s'agit non plus de leurs droits; mais de leurs obligations et en particulier de la responsabilité spéciale qui pèsent sur eux en vertu de l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867 (on peut dire d'ailleurs que c'est presque uniquement à cette occasion que la Jurisprudence a eu à se prononcer sur la question qui nous occupe).

Or, exiger des fondateurs la qualité d'associé, leur demander en outre de comparaître dans les actes de constitution, c'est permettre bien facilement, par le subterfuge que nous indiquions plus haut, à tous les promoteurs de mauvaise foi, d'échapper aux conséquences de leurs fautes.

Ceci explique comment les tribunaux (1), après avoir

(1) D'après la Jurisprudence de la Cour de Cassation il n'y aurait là

au début montré une certaine répugnance (2), n'ont pas hésité bientôt à étendre la qualité de fondateur et à appliquer l'article 42 à plusieurs catégories de personnes qui évidemment n'y avaient pas été comprises dans la pensée du législateur de 1863.

C'est ainsi que la Jurisprudence a fait peser la responsabilité de l'article 42 sur des personnes qui n'étaient même pas associées qui, bien plus, n'avaient même pas concouru directement aux formalités de constitution, mais qui, en réalité, étaient les promoteurs secrets de l'affaire (3). (4).

On ne peut méconnaître que, pratiquement, cette Jurisprudence extensive n'ait été bonne en soi et n'ait réprimé et contenu les tendances de la spéculation, si tant est que cela puisse se faire.

Et, d'autre part, comme nous l'avons déjà dit, elle ne donne d'entorse ni à la logique, ni à aucun texte.

qu'une simple question de fait où le juge du fond resterait souverain : Cass. 9 avr. 1888, *Revue des Sociétés*, 1889, p. 5. — 19 juillet 1893, D. P. 1894-1-158. — 10 novembre 1897 S. 1897-1-505. Solution très discutable en doctrine pure; mais qui pratiquement donne évidemment une certaine latitude aux Tribunaux.

(2) Sur l'évolution de la Jurisprudence sur cette question voir PERCEROU, *op. cit.*, p. 13 à 20 et les nombreux arrêts cités.

(3) Paris 22 décembre 1905, D. P. 1907-2-152 et aussi Cass. 19 octobre 1886, D. P. 1887-1-344. — 21 juillet 1890, D. P. 91-1-270. La question est particulièrement importante lorsque l'émission des titres de la société en formation est confiée soit à une banque soit à un syndicat qui pourront ou non être considérés comme fondateurs suivant qu'ils auront coopéré plus ou moins étroitement à la constitution de la Société (Cass. 11 juin 1888, *Rev. des Soc.* 1888, p. 460. — 21 octobre 1890, *Revue des Sociétés*, p. 500). Cependant on ne devra pas les considérer comme tels de prime abord.

(4) Mais on peut se demander si la qualité de fondateur ne peut être attribuée qu'à une personne ayant un intérêt pécuniaire dans l'affaire. (En ce sens THALLER et PIC, *op. cit.*, II, p. 185). Et en fait il semble bien que dans la plus part des cas cette condition sera remplie; mais pourquoi en faire une condition nécessaire. Ce n'est nullement écrit dans la loi, et s'appuyer sur l'exposé des motifs sus-cité nous semble une erreur : ce que ce texte demande c'est que le fondateur soit souscripteur. Opinion complètement abandonnée par la Jurisprudence.

Mais cette tendance jurisprudentielle à élargir la notion de fondateur ne s'est pas montrée que sur ce point. Elle a appliqué ainsi l'article 42 non plus aux véritables promoteurs de l'affaire, mais à des personnes qui, sans avoir pris une part prépondérante dans la constitution de la Société, avaient participé publiquement à la réalisation de certaines formalités constitutives (1).

A ce point de vue, les tribunaux en sont venus naturellement à faire un départ entre les divers actes constitutifs et c'est seulement à la participation à la réalisation de quelques-uns de ces actes qu'ils ont attachés la qualité de fondateurs.

Ainsi doivent être considérés comme fondateurs les signataires quels qu'ils soient des statuts (2) ; mais, par contre, la simple participation aux assemblées constitutives ne saurait emporter cette qualité (3).

Doit-on, à ce sujet, taxer la Jurisprudence d'illogisme ? On est, en effet, tenté de tenir le raisonnement suivant : Aux termes mêmes de la loi la responsabilité de l'art. 42 ne peut frapper que les fondateurs. En faisant supporter cette responsabilité à des personnes qui par définition même ne sont pas des promoteurs, autrement dit des fondateurs, ne viole-t-on pas le plus simple bon sens ?

Nous ne le croyons pas.

En effet, la raison de cette extension du champ d'application de l'art. 42, se trouve dans la publicité donnée à certains actes constitutifs.

(1) Sur la question de savoir jusqu'à quel point la participation publique à l'organisation de la Société emporte la qualité de fondateur. Voir FLAMMARION: Thèse, p. 87.

(2) Cass. 19 oct. 1886. D. P. 1887-1-344. — Douai, 15 avril 1897, S. 1898-2-8.

(3) Cass. 10 févr. 1885, D. 85-1-355. — 30 janv. 1893, S. 97-1-493. — Cass. 21 juil. 1890 sus cité.

C'est ainsi que le signataire des statuts, par la seule apposition de sa signature, va se présenter à la masse du public tout au moins comme une personne très au courant de l'affaire; il apporte de ce fait à la garantie de la bonne constitution de la Société l'appui de son nom, de son honorabilité, de sa puissance sociale. Que l'affaire soit viciée à sa base et dans son essence, il doit toujours être considéré en faute, même de bonne foi, car par son attitude publique il s'est porté fort des conditions dans lesquelles l'affaire a été lancée, il était tenu en conséquence de s'assurer de la viabilité de la Société; en ne le faisant pas, il a induit les tiers en erreur et commis une faute dont il est juste qu'il supporte les conséquences.

Reste à déterminer si ces personnes sont bien des fondateurs; de ce que la Jurisprudence les traite *comme* des fondateurs on ne saurait présumer de la question. Car ce n'est pas la qualité qui est pour eux la cause de la naissance de l'obligation; mais *l'apparence* de qualité. (Quoique n'étant pas fondateurs, les tiers ont cru ou pu croire qu'ils l'étaient véritablement.) Il y a là l'application d'un principe général de notre droit qui, quoique non écrit, n'en existe pas moins, et d'où nous vient la maxime : « Error communis facit jus ». Ainsi les tiers ayant traité avec l'héritier apparent, sont considérés comme ayant traité avec un véritable héritier.

Ce que nous venons de dire suffit pour expliquer que nous ne soyons pas partisans d'une intervention législative en la matière. D'une part, la Jurisprudence, comme nous avons essayé de l'expliquer, nous semble parfaitement cohérente et, d'autre part, il nous semble particulièrement dangereux de vouloir demander au légis-

lateur une définition précise du fondateur (1), trop de gens, en effet, parmi les promoteurs de Sociétés cherchent, et avec quelle adresse, à éluder la responsabilité que la loi entend faire peser sur eux, pour qu'on vienne entraver, par un texte forcément incomplet, les efforts que les tribunaux font pour les atteindre.

Il nous reste, pour en terminer avec ce premier point, à examiner, très brièvement d'ailleurs la situation spéciale de la personne qui a commis, mais en qualité de mandataire, des actes comportant la qualité de fondateur.

Il est bien évident que si cette personne a pris soin de n'agir expressément qu'en qualité, de telle manière que les tiers ne puissent l'ignorer, aucune responsabilité ne pourra peser sur elle en dehors des règles du mandat et que le faisceau des droits et obligations qu'elle aura créé viendra se fixer sur la tête du mandant, sans pouvoir donner aux tiers la moindre action contre le mandataire, sauf, naturellement, en ce qui concerne les délits de celui-ci.

Si, au contraire, le mandataire a laissé ignorer sa qualité ou même si ses actes ont été ambigus, les tiers auront en face d'eux, non plus une seule personne mais deux, sur lesquelles ils pourront faire peser l'ensemble des obligations propres aux fondateurs.

En effet, le mandant devra l'être considéré car c'est le véritable promoteur et le mandataire devra l'être aussi comme ayant accompli des actes importants de consti-

(1) Le Code de Commerce Allemand l'a fait cependant : il considère comme fondateurs et ceux qui ont dressé les statuts et les apporteurs en nature. Cette limitation ne nous paraît pas heureuse en soi. (Consulter PERCEBOU, *op. cit.*, p. 23. THALLER et PIC, *op. cit.*, II, N° 829).

tution en faisant croire aux tiers à sa qualité de fondateur, partant responsable.

Remarquons que le mandataire devra faire preuve d'une prudence toute particulière. Il encoure, en effet, les obligations dont sont tenus les fondateurs non seulement lorsqu'il a caché sa qualité, mais même lorsque ses actes étant ambigus, une personne suffisamment diligente aurait pu se mettre facilement au courant de l'état de chose. Le mandataire est tenu, dirons-nous, de mettre sa qualité suffisamment en avant, de telle manière que personne ne puisse l'ignorer.

Notons, enfin, qu'il ne faudrait pas confondre avec les mandataires dont nous venons de parler, les personnes telles que notaires, avocats-conseil, agents d'affaires, etc., qui sont chargées d'aider et d'éclairer les fondateurs dans l'accomplissement des actes juridiques de constitution.

Celles-ci, quoique mandataires des fondateurs, et quoique leur rôle soit particulièrement important, ne pourront encourir en aucun cas, tant, du moins qu'elles ne sortiront pas de leur rôle, la qualité de fondateur, leur responsabilité, s'il y a lieu, dérivera seulement du droit commun et des règles spéciales à leurs professions (1).

(1) Consulter sur cette question CELLÉRIER: *Etude sur les Sociétés Anonymes en France et dans les pays voisins*, N° 199. — *rique et pratique de la responsabilité des notaires*. — THALLER et PIC, *op. cit.*, II, N° 828 et 863. — BOSVIEUX: *Nullité d'une Société Anonyme*, *Erreur de droit* (*Jour. des Soc.*, fév. 1910, p. 52.)

CHAPITRE II.

Nature juridique de la Société Anonyme

*Thèse institutionnelle et thèses contractuelles.
De la personnalité interne de la Société pendant
la période constitutive.*

Il importe maintenant, avant de pousser plus avant, de déterminer quel mécanisme juridique préside à la naissance de la Société Anonyme (1).

La doctrine est loin d'être d'accord sur ce point; et les théories proposées varient à l'infini. On peut, néanmoins, classer les auteurs en deux catégories : les classiques pour lesquels la Société Anonyme est un contrat et les novateurs, pour lesquels elle est tout autre chose.

Ces derniers auteurs admettent plus ou moins implicitement à la base de la fondation de la Société Anonyme un acte de volonté unilatéral qui se présente sous la forme de la souscription d'actions.

Mais, comme en droit français la question de savoir si la volonté unilatérale peut être une source d'obligations est très discutée (2) et que même les auteurs qui l'admettent ne le font que dans des cas spéciaux (3), les

(1) Sur cette question consulter LESCOT. Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé. Thèse, Dijon, 1913.

(2) Pour la négative : PLANIOL, Droit Civil, II, N° 831 et suiv. Il n'en est pas de même en Allemagne d'où nous viennent d'ailleurs ces idées.

(3) COLIN et CAPITANT, Droit Civil, II, p. 271.

partisans de cette thèse se contentent d'indiquer que la fondation d'une Société par actions ne repose pas sur un contrat.

A côté des contrats, disent-ils, il existe des actes juridiques similaires, nommés par eux « actes complexes », en différant, d'une part, en ce qu'ils ne comportent pas entre les parties d'intérêts opposés; mais, au contraire, un intérêt semblable et, d'autre part, en ce qu'elles « se trouvent d'accord moins pour modifier leurs rapports « réciproques que pour se créer vis-à-vis des tiers une « situation juridique nouvelle » (1).

Tels sont, dit M. Lescot, lorsqu'il leur est prescrit d'agir en commun, les mandataires, les exécuteurs testamentaires d'une même personne.

Néanmoins on se rend compte qu'il faut fusionner les déclarations unilatérales, car, dit-on, si l'acte est complexe par sa nature, il est un par ses effets. Mais là se produisent de sérieuses divergences de vue. Pour les uns, cette fusion résulte de l'identité d'objet de ces déclarations, pour d'autres, de l'action commune extérieure ou bien encore dans l'adhésion à la charte statutaire, enfin pour M. Haurion, le représentant le plus qualifié de cette doctrine, par la jonction d'actes de volonté passés à des actes de volonté présents dans l'encadrement d'une même procédure.

Nous n'insistons pas, car il ne nous semble pas possible de considérer les Sociétés par actions basées sur autre chose qu'un contrat. Et les arguments de textes et de logique ne manquent pas pour réfuter la thèse de l'acte complexe.

C'est, en effet, faire bon marché des textes que de

(1) LESCOT, *op. cit.*, p. 190.

dire si l'art. 20 du Code de Commerce énonce « La Société en nom collectif est celle que *contractent* deux personnes... », au contraire, l'art. 29 se contente de dire « La Société Anonyme *n'existe* point sous un nom social... » et d'en tirer la conséquence que la thèse ci-dessus rapportée, n'est pas en opposition avec nos lois. Outre que la pensée du législateur du Code de Commerce est certaine, à une époque où on ramenait tout à l'idée contractuelle; elle est de plus exprimée d'une façon fort nette dans les textes. L'art. 1832 du Code Civil énonce, en effet « La Société est un *contrat* par lequel... » et de même l'art. 18 du Code de Commerce « Le *contrat* de Société... » et le législateur ajoute presque aussitôt dans l'art. 19 « La loi reconnaît trois espèces de Sociétés : « 1° 2° 3° La Société Anonyme ».

L'interprète peut-il fouler aux pieds des textes aussi formels? Nous ne le croyons pas; et, d'ailleurs, l'opinion du législateur de 1807 est-elle si erronée en soi?

Il est admis par tout le monde qu'une Société sans personnalité, une société en participation, par exemple, est un contrat.

Qu'est-ce, en effet, qu'un contrat? « Le contrat, disent « MM. Colin et Capitant, est un accord de deux ou plusieurs volontés en vue de produire des effets juridiques ».

Cet accord de volontés est sanctionné par l'art. 1134 du Code Civil qui, *entre les parties*, donne force de loi aux conventions légalement formées.

Que deux ou plusieurs personnes s'engagent vis-à-vis l'une de l'autre à mettre quelque chose en commun, à l'exploiter et en tirer des bénéfices qu'elles partageront postérieurement; qu'à cet effet elles édictent entre elles

certaines règles qu'elles promettent d'observer et nous avons un accord de volontés en vue de créer des obligations, accord sanctionné par l'art. 1134 et qui est un contrat.

L'art. 1832 du Code Civil dit « La Société est un « contrat par lequel deux ou plusieurs personnes con-
« viennent de mettre quelque chose en commun dans la
« vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ».

Et, tant qu'il s'est agi de Société sans personnalité, personne, comme nous le disions plus haut, n'a songé à le contester.

La Société Anonyme serait pourtant autre chose ? Cependant, l'intention des soucripteurs n'est-elle pas encore de mettre une masse en commun, pour partager le bénéfice résultant de son exploitation ?

La Jurisprudence ne s'y est pas trompée. « Attendu, « dit un arrêt (1), qu'aux termes de l'art. 1832 du Code « Civil la Société est un contrat par lequel deux ou
« plusieurs personnes conviennent de mettre quelque
« chose en commun dans la vue de partager le bénéfice
« qui pourra en résulter; qu'il ressort de cette défini-
« tion que trois caractères sont spécifiques du contrat
« de Société : un apport de chaque associé; l'affectation
« de ces apports à une entreprise commune; le consen-
« tement de toutes les parties ».

Quel critérium, nous propose-t-on, d'ailleurs, pour distinguer l'acte complexe du contrat ?

Le contrat, d'une part, supposerait des intérêts divergents entre les parties, alors que l'acte complexe supposerait, au contraire, des intérêts convergents et, d'autre part, celui-ci aurait pour effet moins de modifier les

(1) Cour de Gand, 14 nov. 1914, Jour. Soc., 1920, p. 139.

rapports réciproques des parties que de créer vis-à-vis des tiers une situation juridique nouvelle.

Le premier point est une pure erreur de droit; si, en effet, les contrats usuels supposent d'ordinaire une opposition d'intérêts entre les parties; il n'y a là rien de nécessaire. La loi n'en fait nulle part mention, et nous ne connaissons pas d'ailleurs d'auteur qui ait incorporé cette condition à la définition du contrat.

Bien plus, il n'est pas difficile de citer des contrats où les parties ont des intérêts similaires. Le mandant et le mandataire, par exemple, ne sont pas en principe en opposition d'intérêts.

Supposons, de même, que plusieurs propriétaires contigus s'entendent pour ne pas vendre au-dessous d'un certain prix. Analysons cette opération juridique, nous y trouvons un accord de volontés en vue de créer au profit de chacun contre les autres stipulants l'obligation de ne pas vendre au-dessous du prix fixé. Accord de volontés en vue de créer une obligation : c'est un contrat. Et pourtant il n'y a pas plus d'opposition d'intérêts entre ces propriétaires qu'entre souscripteurs d'une Société Anonyme.

Enfin, si on devait admettre ce critérium, il vaudrait tout autant pour la simple Société sans personnalité que pour la Société Anonyme. Il n'y a pas, en effet, plus d'opposition d'intérêts entre associés dans un cas comme dans l'autre. Or, il ne fait pas l'ombre d'un doute que la première de ces Sociétés repose sur un contrat et uniquement sur un contrat.

Ajoutons qu'il n'est pas vrai de considérer les actionnaires comme ayant toujours partie liée. On peut le concevoir quand on ne les regarde que dans leurs rapports

avec les tiers. Mais si le but immédiat des actionnaires est de faire des bénéfices à la Société; leur but médial et fiscal est de les partager, et alors leurs intérêts sont opposés. Evidemment leurs droits seront souvent si clairs qu'ils ne sauront donner lieu à discussion. Cependant, pratiquement, que de difficultés entre porteurs d'actions de préférence et porteurs d'actions ordinaires, que de combinaisons faites par les gros actionnaires pour frustrer les petits et vienne la débâcle combien d'associés essaieront de tirer leur épingle du jeu au détriment de la masse.

Reste le deuxième point : si les partisans de la thèse institutionnelle disaient : « Le contrat a pour objet de modifier ou de créer des rapports de droits entre les parties; au contraire, l'acte complexe a pour objet de modifier la situation des parties vis-à-vis des tiers », nous aurions une base de discussion sûre et facile.

Mais ces auteurs font ici une question de plus et de moins. « L'acte complexe, disent-ils, a pour effet moins de modifier les rapports réciproques des parties que de créer vis-à-vis des tiers une situation juridique nouvelle » (1).

Quoiqu'il en soit, remarquons tout d'abord que les contrats peuvent donner naissance en droit français à des droits réels, c'est-à-dire modifier la position des parties vis-à-vis des tiers. L'exemple typique en est la vente.

Et, d'autre part, même en admettant que la modification de la situation juridique des associés vis-à-vis des tiers ait une autre base que celle contractuelle (c'est le point de vue, d'ailleurs, que nous admettrons), il resterait à démontrer que l'acte complexe puisse modifier la situa-

(1) LESCOT, *op. cit.*, p. 190.

tion juridique des associés entre eux et expliquer la formation des obligations contre ceux-ci.

En effet, l'acte complexe a pour base forcément une déclaration unilatérale de volonté de chaque souscripteur. Forcément, car s'il y avait accord des volontés, il y aurait contrat.

Et ceci explique déjà la difficulté qu'éprouve la thèse institutionnelle à fusionner ces déclarations de volonté et les divergences de vues à ce sujet entre ses partisans.

Enfin et surtout qu'en législation l'acte de volonté unilatéral puisse créer des obligations envers son auteur, il n'y a là rien d'impossible; mais on ne saurait concevoir que cet acte puisse créer en sa faveur des droits. Or, chaque associé voit naître à son profit des droits dont le plus important est le droit à une quote-part des bénéfices. Et ceci la thèse de l'acte complexe ne peut l'expliquer.

Disons tout au contraire, que les volontés des souscripteurs sont d'accord pour faire naître des obligations entre elles; qu'il y a bien contrat.

Il n'est pas possible, à notre avis, de trouver une autre base aux obligations entre souscripteurs. La naissance des obligations entre associés non seulement s'explique fort bien par l'idée de contrat; mais de plus l'analyse juridique nous montre forcément la volonté commune des souscripteurs de faire naître ces obligations, volonté commune que tous les auteurs que nous venons de critiquer ne peuvent nier, volonté commune, c'est-à-dire accord de volontés; or, qui dit accord de volontés en vue de faire naître des obligations *inter partes*, dit contrat (1).

(1) Il reste évidemment à expliquer comment ces volontés, qui sont d'accord, répétons-le, peuvent, même s'ignorant, se rejoindre, c'est ce que nous essaierons d'expliquer un peu plus loin.

Mais l'art. 1134 du Code Civil ne donne d'effet à l'accord des volontés qu'*inter partes* « les conventions n'ont d'effet, dit l'art. 1165, qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent point aux tiers ».

Or, dans la Société Anonyme, il y a non seulement création d'une situation juridique nouvelle entre souscripteurs; mais les tiers voient aussi se créer une masse de biens, distincte du patrimoine de chaque associé, soumise à une administration spéciale dont les règles sont condensées dans la charte statutaire et cette charte leur sera opposable.

L'idée de contrat peut-elle expliquer cette métamorphose juridique? Nous ne croyons pas.

Certes, comme nous l'avons déjà fait remarquer, les contrats peuvent donner naissance à des droits réels. Mais le faisceau de prérogatives juridiques connu sous le nom de personnalité morale, ne peut être assimilé ni confondu avec les droits réels, quoique cependant il présente de sérieux points de ressemblance avec ces derniers.

D'autre part, le transfert ou la création d'un droit réel par voie de contrat ont toujours lieu en vertu d'une disposition spéciale de la loi et se produisent *ipso facto*, ils ont leur cause directe et immédiate dans le contrat lui-même. C'est à lui que la loi attache cet effet.

Ainsi « l'obligation de livrer la chose est parfaite par « le seul consentement des parties contractantes. *Elle rend le créancier propriétaire...* » (Art. 1138 Civ.). En conséquence, aussitôt le contrat conclu, la propriété est transférée.

Au contraire, dans la Société Anonyme, si la loi s'explique sur les droits des souscripteurs à l'encontre des

tiers, si, en particulier, l'art. 33 du Code de Commerce dit «Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt », elle ne dit nulle part que cet effet provient directement de l'accord des parties. Bien plus, ce n'est pas au moment de l'échange des consentements qu'il se produit; mais bien plus tard, après l'accomplissement d'une procédure spéciale. Ce qui tendrait à prouver que cette procédure est, tout autant que la volonté commune des souscripteurs, à la base de la naissance de la personnalité juridique.

Si nous cherchons une comparaison, nous ne pouvons trouver mieux que l'institution du bien de famille (homestead). Si nous analysons, en effet, la loi du 12 juillet 1909, nous voyons que l'insaisissabilité et les autres avantages accordés au bénéficiaire contre les tiers ont pour base une déclaration de volonté unilatérale suivie d'une procédure *adéquate*.

Pourquoi n'en serait-il pas de même dans la Société Anonyme et pourquoi n'admettrait-on pas que la création de cette masse de biens formant un patrimoine spécial vis-à-vis des tiers ne soit le résultat d'un acte de volonté suivi d'une procédure similaire.

Cependant, cette explication présente encore un point faible, l'acte de volonté unilatéral émanant de chaque souscripteur, il importe de fusionner le tout. C'est là une des pierres d'achoppement de la thèse institutionnelle. Comme nous l'avons dit plus haut, ses partisans ont proposé plusieurs explications différentes. Aucune ne nous semble pleinement répondre à la question.

Au contraire, si nous faisons intervenir parallèlement à la constitution de la Société personne morale extérieure, un contrat entre souscripteurs qui fait de ceux-

ci des associés, nous pouvons déjà apercevoir comment ceux-ci peuvent avoir une volonté commune résultant de leur engagement contractuel.

Et, maintenant si, en anticipant sur nos développements postérieurs, nous admettons que la Société qui n'acquiert la personnalité morale vis-à-vis des tiers qu'à la fin de la période constitutive, possède dès le début ce que nous dénommerons la personnalité interne (c'est-à-dire qu'*inter partes* les associés pourront jouir et s'opposer certains des avantages de la personnalité), pourquoi ne pas dire que l'acte de volonté dont s'agit émane directement de la Société ? (1).

Si à la base de la Société Anonyme il y a un contrat, il reste à déterminer comme il se forme. Les souscripteurs, en effet, dans la majorité des cas, s'ignorent. Comment alors admettre un contrat entre personnes qui ne se connaissent point, si on ne trouve pas, en dehors d'eux, un trait d'union ?

Une des premières explications imaginées consistait à faire intervenir les fondateurs et à annexer au contrat de Société un mandat ou une gestion d'affaires (2).

D'après Brinckmann, chaque souscripteur donnerait, par son adhésion, mandat tacite aux fondateurs de recruter de nouveaux membres. Le contrat se formerait donc entre la personne souscrivant et les fondateurs

(1) Notons ici que la personnalité interne n'est pour nous qu'un moyen commode d'expliquer les avantages particuliers concédés à certains modes de copropriété en sorte qu'au fond l'acte de volonté émane bien des souscripteurs mais que ceux-ci bénéficient, comme au cas où devenus associés ils plaident ou contractent en ce qui concerne les biens communs, d'un avantage particulier de représentation.

(2) PERCEROU, *op. cit.*, p. 36. — BRINCKMANN, *Handelsricht*, cité par Lescot. — ZERAFFA, Des Souscripteurs d'Actions des Sociétés Anonymes, Thèse, Paris 1901.

agissant pour le compte des personnes qui ont souscrit auparavant.

Outre qu'il est difficile de voir un pareil mandat dans l'acte d'adhésion aux statuts, cette thèse, comme le fit remarquer M. Lescot, a « pour résultat au moins singulier d'étendre à tous les souscripteurs, actionnaires « originaires, la qualité de fondateurs, puisque ceux à « qui on attribue ordinairement ce titre, ne font plus « dans cette conception, en recueillant les adhésions et « en travaillant à la constitution de la Société qu'agir « au nom de ces souscripteurs leurs mandants » (1).

Cette thèse nous semble d'ailleurs en contradiction avec les faits eux-mêmes. Quand les fondateurs recrutent un nouveau souscripteur, il ne lui demandent pas de contracter avec Messieurs X, Y et Z, précédents souscripteurs et de leur donner mandat de contracter pour lui avec les souscripteurs futurs; mais tout simplement d'adhérer à la Société.

Aussi bien le véhicule des consentements n'est pas le fondateur, mais bien la Société; il s'agit encore une fois d'un des privilèges de la personnalité morale, *le souscripteur contracte avec la Société elle-même*. C'est la théorie du lien direct : celle qui est aujourd'hui la plus couramment professée.

Mais la personnalité morale ne peut précéder la constitution de la Société; elle ne prend naissance, en effet, qu'à la fin de la période constitutive.

Aussi pour un grand nombre d'auteurs, le contrat ne peut-il se former qu'à ce moment.

Cependant on est obligé d'admettre que les souscrip-

(1) LESCOT *op. cit.*, p. 140.

teurs sont tenus dès auparavant. Il faut, en effet, qu'à la fin de la procédure constitutive, les fondateurs retrouvent les adhésions qu'ils ont obtenues si on ne veut les forcer à un véritable travail de Pénélope.

Pour expliquer ces liens on a échafaudé souvent des théories très compliquées : promesses de former la Société, avant-contrat ou *pactum de contrahendo*, suivis de Sociétés préliminaires qui seraient soit des Sociétés civiles ordinaires soit des Sociétés de fait ou enfin des Sociétés d'espèce particulière dénommées Sociétés de fondation, Sociétés comprenant soit les souscripteurs seuls, soit les souscripteurs et les fondateurs.

Mais ces constructions ne font que reporter la difficulté, car il faut expliquer après, le transfert des droits actifs et passifs de la Société préliminaire à la Société Anonyme. Chose bien difficile théoriquement et qui entraîne pratiquement des conséquences inadmissibles, notamment au point de vue enregistrement le paiement d'un double droit de mutation.

La majorité des auteurs et la Jurisprudence ont repoussé ces théories et se contentent de faire intervenir les fondateurs soit comme mandataires ou comme gérants d'affaires non plus des souscripteurs mais de la Société. Une variante de cette doctrine voit enfin dans les fondateurs des stipulants en faveur de la Société future.

Ecartons tout d'abord l'hypothèse de mandat. La Société n'existant pas encore ne peut pas plus donner mandat aux fondateurs de contracter en son nom avec les souscripteurs qu'elle ne peut le faire directement.

Si l'hypothèse d'un mandat entre la Société et les fondateurs n'est pas admissible; il en est tout autrement

de celle qui fait des fondateurs les gérants d'affaires de la Société (1).

Peu importe dans ce cas que le maître ne soit pas en état d'agir; il n'y a plus contrat; les droits et obligations qui vont naître ne résulteront pas d'un accord de volontés; mais d'un fait, l'immixtion dans les affaires d'autrui.

On objecterait à tort, d'autre part, que telle n'est pas l'intention des fondateurs. Doctrine et Jurisprudence montrent à l'heure actuelle une tendance très nette à élargir la notion de gestion d'affaires et il est à peu près unanimement reconnu que celle-ci ne nécessite pas l'intention du gérant de gérer l'affaire d'autrui. « Les obligations réciproques qui peuvent naître d'un quasi-contrat de gestion d'affaires naissent du fait même de la gestion et de la loi et non de l'intention des parties », dit un arrêt de la Chambre des requêtes (2).

Cependant, si loin qu'on pousse la notion de gestion d'affaires, peut-on l'admettre dans un cas comme celui-ci où le géré n'existe pas encore? Les droits résultant de l'action du gérant ne se posent pas sur sa tête, dit-on, ils ne peuvent, d'autre part, se fixer sur la Société qu'à la fin de la période constitutive, époque à laquelle elle acquiert la personnalité morale, peut-on admettre, dans ces conditions, que ces droits peuvent rester sans titulaire pendant le laps de temps nécessaire à la constitution? (3). Nous retrouverons, d'ailleurs, cette question

(1) DALLOZ, Supplément *verbo* Société, N° 1193. — FUZIER-HERMANN, id., N° 2916.

(2) Req. 18 juin 1872. — D. P. 72-1471. — COLIN et CAPITANT, Droit Civil, II, p. 712. — PLANIOL, Droit Civil II. N° 2274.

(3) Voir aussi pour la réfutation de cette opinion : PLANIOL, II, N° 1242 et 43 *contra* Labbé. Note sous Cass. 27 juillet 1884. S. 85-1-5. (Nous n'insistons pas sur ce point car la Société existe dès le début, du moins à notre avis.)

en examinant l'hypothèse analogue de la stipulation pour autrui.

On objecte enfin que dans l'hypothèse actuelle il n'y a pas lieu à l'application de deux règles particulièrement importantes de la gestion d'affaires : d'une part, contrairement à l'article 1375 du Code Civil, les souscripteurs ne sont pas obligés, en cas d'échec, de rembourser aux fondateurs leurs dépenses utiles, remboursement d'ailleurs qui dépend, dans tous les cas du vote de l'assemblée constitutive et, d'autre part, nonobstant l'art. 1372, les fondateurs pourraient, jusqu'à la déclaration notariée, abandonner leur projet. Nous retrouverons cette dernière catégorie d'objections dans les chapitres suivants.

Une hypothèse très voisine de la gestion d'affaires (1) est celle qui considère chaque souscripteur contractant avec les fondateurs stipulant pour le compte de la Société.

Cette théorie a rencontré contre elle de nombreuses objections que l'on peut classer sous trois chefs :

On excipe d'abord, comme dans l'hypothèse précédente, de la non-existence de la Société. La stipulation faite en faveur d'une personne future est nulle, comme contraire à l'art. 906 du Code Civil, proclame la Jurisprudence (2). Il est vrai d'ailleurs que celle-ci a contre elle des auteurs particulièrement importants comme MM. Colin et Capitant et M. Planiol (3). Ce dernier fait remarquer que la Jurisprudence actuelle est même en opposition avec nos anciens auteurs et que « ceux même,

(1) Sur la difficulté de distinguer en pratique la gestion d'affaires de la stipulation pour autrui, PLANIOL, II, N° 2274.

(2) Civ. 7 mars 1893. D. P. 94-1-77. — Rennes 5 déc. 1899. D. P. 1903-2-377. Note de M. Dupuich.

(3) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, p. 347. — PLANIOL, *op. cit.*, II, N° 1251.

« dit-il, qui, comme Hotman, condamnaient le plus violemment la donation directe (à une personne future « reconnaissaient la validité des stipulations indirectes « contenues dans un acte passé entre vivants ». Et il est bien certain que cette interprétation jurisprudentielle de l'art. 906 est tout particulièrement extensive.

Il est, d'autre part, nécessaire pour la validité de la stipulation pour autrui que le stipulant ait eu en vue un avantage personnel; celle-ci ne peut être, en effet, « que la charge ou la condition d'une convention principale produisant ses effets entre les parties et lui servant de support ». (1).

Il faudra donc que les fondateurs n'omettent pas de stipuler une rémunération de leurs services, chose qu'évidemment ils oublieront rarement. Mais, enfin, voilà une nullité qui ne repose sur aucun besoin pratique, et qui viendra encore alourdir le mécanisme compliqué de la Société par actions.

Enfin le mécanisme de la stipulation pour autrui ne peut expliquer la formation de droits en faveur des actionnaires contre la Société. Comment, en effet, admettre que le gratifié puisse se trouver obligé. Et pourtant, et ne serait-ce que celui-là, le souscripteur a un droit éventuel aux dividendes futurs.

Maintenant, si nous jetons un coup d'œil d'ensemble sur toutes les théories que nous venons d'examiner, nous voyons qu'une des principales difficultés à laquelle elles se heurtent provient de la non-existence de la Société pendant la période constitutive.

Si l'on n'examine la question que sur l'une de ses faces, la plus importante il est vrai, on peut la résumer

(1) PLANIOL, II, N° 1231.

ainsi : A qui appartiennent les apports pendant la période constitutive ? Or ils ne peuvent appartenir à la Société puisque celle-ci, par principe, n'existe pas encore. On en vient donc forcément à admettre deux solutions aussi mauvaises l'une que l'autre : ou bien les apports restent entre les mains des souscripteurs qui les ont faits (et qui n'aperçoit les conséquences pratiques inadmissibles surtout pour les apports en nature qui en découlent forcément) ou bien ces apports n'appartiennent à personne et l'énoncé même de cette proposition est un défi au plus simple bon sens.

Ainsi, nous sommes dans une véritable impasse et il n'est possible d'en sortir qu'en déniait l'axiome que nous avons pris comme base de notre raisonnement, à savoir que la Société n'a pas de personnalité morale pendant la période constitutive.

Le postulat a été longtemps un principe indiscuté dans le droit des Sociétés. Les auteurs l'avaient établi en prenant pour base le paragraphe 2 de l'art. 5 de la loi de 1867 et de la Jurisprudence qui, s'appuyant sur ce texte, prohibait toute opération sociale pendant la période constitutive.

Il appartenait à MM. Thaller et Percerou de démontrer que la personnalité morale des Sociétés a deux faces : une face externe et une face interne suivant qu'on l'applique aux rapports des associés avec les tiers ou aux rapports des associés entre eux.

« Nous avons dit que ce terme (la personnalité morale) reconnaît la vertu dont dispose le contrat social
« de se propager à l'extérieur et de faire la loi des tiers
« eux-mêmes.

« Il semblerait résulter de là que la théorie dut se

« renfermer dans les rapports des associés avec les tiers.
« Quand les associés sont en débats les uns vis-à-vis des
« autres, il n'y a pas lieu d'en parler.

« Cette conception ne serait cependant pas juste. La
« thèse de la personnalité a assez d'ampleur pour em-
« brasser même les relations des associés entre eux.
« On peut, à cet égard, parler de *la personnalité morale*
« *intérieure* de la Société.

« Notamment, lorsque l'associé agit, en dissolution de
« la Société, il n'est pas besoin pour lui de mettre nom-
« mément en cause les autres sociétaires. Il lui suffit de
« donner ajournement au siège social. Réciproquement,
« la Société, poursuivant l'un de ses membres en paie-
« ment de son apport, n'a pas à donner dans l'exploit
« d'ajournement les noms de tous les associés formant
« le groupe collectif.

« Les facilités de procédure ouvertes aux litiges en-
« gagés avec les tiers se retrouvent donc dans les litiges
« *inter socios*. C'est que, là encore, l'isolement opéré par
« l'acte de société entre les intérêts du groupe et les
« intérêts de l'individu vicie tout moyen de droit em-
« prunté aux affaires particulières d'un membre. De tel-
« les exceptions ne sauraient faire échec au règlement
« et à la marche pacifique de la cause sociale, soit qu'un
« associé les invoque contre la société pour ne pas obéir
« au contrat, soit que la Société poursuivie veuille s'ar-
« mer d'un fait survenu dans le patrimoine d'un mem-
« bre pour ne pas exécuter l'acte de société. On peut
« donc, du même coup, déroger sans inconvénient à la
« règle nul ne plaide par procureur. » (1).

S'il est certain dans notre droit que pendant la pé-

(1) Thaller et Percerou, Droit Commercial, N° 315.

riode constitutive la Société ne peut entreprendre aucune opération et s'il est logique d'en conclure que les associés, pendant cette période, ne peuvent opposer aux tiers le bénéfice de la personnalité morale de la Société, c'est par une extension purement gratuite que l'on arrive à refuser le bénéfice de la personnalité en ce qui concerne les rapports entre associés.

« La Société par actions, sans doute, disent MM. Thaller et Perceyron (2), n'acquiert son existence *au dehors* qu'à partir de la constitution définitive, une fois son personnel d'actionnaires entièrement acquis et son capital couvert... Mais cela laisse un point d'interrogation suspendu sur la question de savoir, si, dans les rapports réciproques des souscripteurs et apporteurs, il ne s'établit pas déjà, pendant le cours de la période constitutive, des liens d'obligations, rattachant l'individu à un *groupe « véritablement collectif »* *intérieur* à la *fonction juridique des fondateurs*.

« Il convient de conclure à l'existence de ce *groupement* intérieur, dès avant que la Société n'ait rejeté le voile qui la recouvrait jusque-là. La Société procède du groupe des souscripteurs, groupe qui s'est formé par adhésions successives de membres et qui a grandi jusqu'au jour où il a pu se révéler au public avec l'épithète de *Société par actions*. Il suffit que deux souscriptions aient été recueillies pour que l'on soit autorisé à dire : le noyau d'association est créé (d'autres se serviront des mots de « *nebuleuse diffuse* » pour caractériser cet état « *amorphe* » d'origine). Deux personnes sont tenues l'une envers l'autre à respecter la parole qu'elles se donnent. A ces deux personnes

(2) *Ibid.*, N° 301.

« s'en joindront cent ou mille autres : c'est la même formation atomique qui se continue, c'est la même agglomération moléculaire ».

Si nous admettons la personnalité interne de la Société, reste à examiner s'il est besoin de faire intervenir un tiers au contrat de souscription. Si la Société existe, est-il nécessaire pour elle de passer par l'intermédiaire des fondateurs pour contracter avec les souscripteurs ?

Précisons d'abord ce que l'on doit entendre par personnalité.

Selon les uns, la personnalité serait une chose objective. La personne morale ne serait ni une fiction ni une création de la loi, elle existerait réellement, positivement.

Si l'on admet cette thèse, la Société Anonyme, bien qu'existante, est un incapable comme un mineur ou un interdit, pendant la période constitutive. Elle ne peut, en effet, à cette époque, non seulement formuler sa volonté, puisqu'elle n'a pas de représentants légaux à cet effet ; mais même en avoir une, puisque le personnel des souscripteurs n'est pas encore déterminé. On ne peut donc comprendre la formation d'un lien contractuel entre la Société et le souscripteur que par l'intermédiaire des fondateurs agissant soit comme gérants d'affaires soit comme stipulants pour autrui.

Pour d'autres, au contraire, la personnalité n'est qu'une « fiction commode et peu dangereuse en somme, « s'il est bien entendu qu'on use par là d'une simple « forme de langage destiné à traduire la pensée d'une « indivisibilité d'intérêts permettant aux parties d'agir « à plusieurs comme si elles n'étaient qu'un seul » (1).

Pour le savant auteur, comme pour nous, la person-

(1) THALLER et PERCHERON, *op. cit.*, N° 294.

nalité morale interne c'est la faculté que possèdent les associés de jouir entre eux des avantages dérogatoires au droit commun dont ils jouiront plus tard vis-à-vis des tiers sous la dénomination générique de personnalité. Ce n'est donc autre chose pour les associés ayant un intérêt commun que d'être considéré comme un tout indivisible par rapport à l'associé isolé qui contracte, plaide ou, d'une façon générale, agit juridiquement contre eux (1).

Or, si la personnalité de la Société n'est qu'un voile qui recouvre celles des associés agissant sur un patrimoine spécial, il n'y a plus lieu de considérer la société comme incapable de volonté, car les associés ont celle, évidente, de former la Société. Il n'est donc plus nécessaire de passer par l'intermédiaire des fondateurs.

Pour nous résumer, disons que dans la Société Anonyme les liens entre associés ont un caractère contractuel et que, d'autre part, les droits opposables aux tiers ou pouvant être opposés par des tiers, analogues à des droits réels, ont leur source dans une volonté commune des associés jointe à une procédure adéquate.

Que chaque souscripteur, à son adhésion, contracte avec tous les autres associés en la personne de la Société, de même que les volontés individuelles des associés de créer extérieurement la Société se fusionnent entre elles dans le contrat de société et par le bénéfice de la personnalité morale interne.

Mais la création de ces liens de droit ne nécessitent en aucune façon l'intervention juridique des fondateurs.

(1) Ibid. N° 315, *supra* cité.

CHAPITRE III.

Nature juridique des rapports entre fondateurs et souscripteurs

*Principales
hypothèses
émises*

*Vente de certificats provisoires par les
fondateurs.
Société civile préliminaire.
Contrat inommé du type do ut facias
Les fondateurs gérants d'affaires des sous-
cripteurs ou stipulant pour le compte des
souscripteurs..*

Notre thèse : Les fondateurs gérants d'affaire de la Société.

Nous avons analysé précédemment les phénomènes juridiques à la base de la naissance des liens obligatoires entre associés par le truchement de la personnalité interne de la Société et nous avons essayé de prouver que dans cette élaboration les fondateurs ne jouaient, en principe, aucun rôle juridique (1); mais accessoirement à ces liens il s'en produit d'autres entre souscripteurs et fondateurs dont nous allons rechercher, dans ce chapitre, la nature juridique.

Les auteurs ne semblent pas avoir recherché le point

(1) Même en admettant le contraire, les fondateurs n'ont été employés jusqu'ici qu'à une besogne de pur intermédiaire de véritables boîtes aux lettres, dit M. Lescot; or, en dehors de cela, ils sont eux-mêmes les sièges actifs et passifs de droits importants.

commun reliant ensemble ce faisceau de droits et d'obligations. Pour nous, il nous semble qu'il existe dans le but recherché qui est *d'assurer la bonne constitution de la Société*.

Nous distinguerons ainsi, tout naturellement : d'une part, les obligations qui pèsent sur les souscripteurs en faveur des fondateurs, pour permettre à ceux-ci de mener leur œuvre à bonne fin et dont la principale est la faculté qu'ont les fondateurs de pouvoir exercer l'action en libération des actions souscrites pour la quote-part (qui ne peut être moindre que le quart), stipulée payable pendant la période constitutive.

Et, d'autre part, les obligations des fondateurs envers les souscripteurs permettant à ces derniers de contraindre les premiers à constituer la Société et à la constituer correctement ces obligations se présenteront sous deux formes : comme mode préventif les souscripteurs pourront obliger les fondateurs à constituer la société et à la constituer correctement, conformément aux statuts ; et comme mode répressif sous forme d'action en responsabilité pour les cas où les fondateurs auraient commis des fautes dans la constitution.

Notons, en passant, que pour nous qui croyons à la personnalité morale interne de la Société, dès le début de la période constitutive, le problème que nous avons abordé dans ce chapitre, se présente sous une double face : nous avons, d'un côté, à examiner les rapports des fondateurs avec les souscripteurs et, de l'autre, les rapports des fondateurs avec la Société.

Passons, maintenant, à l'examen rapide des différentes constructions doctrinales qui ont été élevées pour expliquer la nature juridique de ces obligations.

Remarquons, dès à présent, qu'on ne saurait rechercher l'explication de ces phénomènes juridiques dans la

volonté spécialement exprimée du législateur (1). Quoiqu'il soit évident que dans notre droit celui-ci souverain et puisse ajouter à la liste des actes juridiques susceptibles d'engendrer des obligations, il est certain que tel n'a pas été sa volonté dans le cas qui nous occupe et cela résulte notamment de la brièveté des textes.

Il convient donc de se reporter au droit commun pour y trouver la cause des obligations entre fondateurs et souscripteurs. Et voici les principales hypothèses qui ont été avancées.

Quelques auteurs ont vu dans les rapports juridiques ici étudiés, une vente par les fondateurs aux souscripteurs de certificats provisoires.

En fait, les choses ne se passent pas autrement dans une hypothèse analogue, celle où la constitution de la Société ayant eu lieu entre les promoteurs seulement, ceux-ci ont introduit les titres ainsi créés sur le marché public, postérieurement à la constitution de la Société.

Mais on ne saurait assimiler l'une à l'autre ces hypothèses. D'un côté, en effet, la Société est définitivement constituée, ses actions créées et appropriées par les fondateurs qui se les sont réparties avant de les vendre; alors que dans l'autre hypothèse, la Société est en pleine période constitutive, ses actions ne sont pas créées et que d'ailleurs les fondateurs ne peuvent les vendre car, ce faisant, leur opération serait nulle comme portant sur une chose ne leur appartenant pas (art. 1599 Code Civil). C'est d'ailleurs pour cette raison que les partisans de cette thèse ne parlent que de vente de certificats provi-

(1) Tel n'est cependant pas le cas pour la responsabilité des fondateurs qui a été prévue spécialement par l'article 42 de la loi de 1867; mais c'est justement, pour cette responsabilité, comme nous le verrons, que l'on trouve le plus facilement des explications dans l'arsenal juridique du droit commun.

soires; mais ce n'est pas tourner la difficulté car il faudrait démontrer et l'existence de ces soi-disants certificats et leur appropriation par les fondateurs; or, en fait, ces certificats ne peuvent représenter aucune valeur dans le patrimoine des pseudo-vendeurs.

Nous n'avons regardé jusqu'ici qu'un seul côté de l'opération : l'objet vendu; si nous considérons maintenant la contre-partie, c'est-à-dire le prix, nous nous apercevons bien facilement qu'il ne revient pas aux fondateurs. Les sommes versées par les souscripteurs sont destinées à la Société et les fondateurs n'en sont que les détenteurs, ou mieux, les dépositaires.

Il ne peut donc y avoir vente par les fondateurs, la chose vendue ne leur appartenant pas et le prix ne leur étant pas payé. De plus, c'est dénaturer la volonté des parties : Les souscripteurs n'ont pas plus l'intention d'acheter, que les fondateurs de vendre.

Enfin, les conséquences pratiques de cette théorie sont également inadmissibles. L'obligation de garantie, par exemple, ne peut être assimilée en rien à la responsabilité qui pèse sur les fondateurs.

D'autres auteurs ont essayé d'expliquer les relations juridiques entre fondateurs et souscripteurs par les rapports d'associés qui existeraient entre ces deux groupes de personnes. Il interviendrait, en effet, disent-ils, pendant la période constitutive, une Société civile préliminaire groupant les souscripteurs et les fondateurs.

Cette explication a pour principal mérite de faire ressortir qu'actionnaires et promoteurs n'ont pas des intérêts divergents; mais bien convergents.

Mais outre qu'elle explique mal les diverses obligations dont les uns et les autres sont les sujets actifs ou

passifs, cette thèse se heurte à une impossibilité théorique.

En effet, nous avons déjà vu que le fondateur est non seulement un personnage juridique distinct de l'actionnaire mais, de plus, qu'en sa qualité de fondateur il n'est pas associé.

Pratiquement, nous pouvons prendre pour exemple le promoteur non souscripteur, qui n'entend recevoir pour ses bons soins et offices aucune rémunération ou qui doit la recevoir sous forme d'une somme déterminée. Il n'est pas douteux, d'une part, que cette personne ne peut pas prétendre dans la Société Anonyme au titre d'associé et, d'autre part, qu'il ne soit tenu des obligations qui pèsent sur les fondateurs.

Et pourtant, suivant la thèse que nous examinons ici, il va se former entre cette personne et les souscripteurs une Société civile. Cependant, à la fin de la période constitutive, cette Société préliminaire devra faire place à la Société Anonyme définitivement créée. Or, la Société finale ne comprendra plus les mêmes membres. Si, en effet, elle contient toujours les souscripteurs devenus actionnaires, le fondateur, lui, s'est trouvé éliminé. Qui n'aperçoit alors les énormes difficultés tant théoriques que pratiques que va soulever ce passage d'une Société à l'autre, alors qu'elles n'ont pas le même personnel ?

Un auteur moderne que nous avons souvent cité au cours de cette étude, M. Lescot, voit dans le phénomène juridique que nous étudions les effets d'un contrat inomé synallagmatique :

« En souscrivant des actions d'une Société Anonyme, dit-il (1), les souscripteurs s'obligent à effectuer sur

(1) LESCOT, *op. cit.*, p. 144 et suiv.

« chacune d'elles le versement légal et les fondateurs à leur attribuer un nombre de parts sociales négociables, « proportionnel à la somme souscrite. »

Si plaisante que soit à première vue cette thèse, elle n'en donne pas moins lieu à des objections sérieuses.

S'il est vrai que par l'acte de souscription, les adhérents s'obligent à effectuer le versement prévu par la loi pour chaque titre souscrit, il reste à savoir envers qui ils prennent directement cette obligation. Or, celle-ci n'est qu'une partie de l'obligation plus générale de libérer intégralement aux époques convenues, l'action souscrite, et remarquons déjà, que si tout ou partie de ce versement va se faire entre les mains des fondateurs, le surplus, s'il y a lieu, se fera après la constitution, entre celles des représentants légaux de la *Société*. De plus, le souscripteur *paie-t-il* aux fondateurs? Non, il paie à la Société entre les mains de ceux-ci qui ne sont que les dépositaires de ces sommes qui appartiennent sans conteste à la Société. Nous pouvons donc nous demander, et avec juste raison croyons-nous, si les fondateurs, en exerçant l'action en paiement de la partie à libérer de l'action souscrite, exercent une action personnelle à eux fondateurs, ou s'ils n'exercent pas au contraire une action appartenant à la Société.

Nous pouvons d'ailleurs étendre la critique à l'autre face de ce soi-disant contrat synallagmatique. Qu'est-ce exactement que cette obligation des fondateurs d'avoir à attribuer à chaque souscripteur un nombre de parts sociales correspondant à sa souscription ?

Du fait même de sa souscription (si évidemment celle-ci est valable tant au point de vue de la loi que des statuts et si elle arrive en bon rangs) le souscripteur devient

fâtalement actionnaire et il le sera de plein droit malgré l'obstruction ou l'abstention des fondateurs. S'il intervient une contestation à ce sujet, les juges auront à constater cette qualité mais leur décision n'aura à contraindre ou à obliger les fondateurs qu'en ce qui concerne les conséquences de ce droit.

Mais, comme nous l'avons déjà dit, est-ce bien une obligation propre aux fondateurs et n'exerce-t-on pas contre eux une action dont le principal sujet passif est la Société ? La meilleure preuve c'est que celle-ci une fois définitivement constituée, l'action en délivrance de titres devra être certainement intentée contre la Société.

Dans un contrat synallagmatique, les diverses obligations contractées de part et d'autre se servent mutuellement de cause.

Peut-on dire autant du contrat qui nous occupe ? La cause des obligations contractées par les fondateurs doit se trouver, sans nul doute, dans les rémunérations qu'ils se sont fait concéder dans les statuts ; la cause de celles contractées par les souscripteurs dans l'attribution de la qualité d'actionnaire.

Contrat de la forme *do ut facias*, dit-on. Je libère mon action pour que vous me fournissiez le titre. Mais je paie à qui ? à la Société, et qui me fait actionnaire ? la Société. Par l'intermédiaire du fondateur ? Evidemment ; mais ce que nous reprochons justement à la thèse de M. Lescot c'est de faire des rapports entre fondateurs et souscripteurs un tout juridique distinct et complet, alors que les obligations qui naissent entre ces deux groupes ne sont que le complément et l'accessoire des obligations principales qui ont pour siège la Société.

Mais la majorité des auteurs et la Jurisprudence font

des fondateurs les gérants d'affaires des souscripteurs (1). « Ils (les fondateurs), dit M. Thaller (2), entreprennent l'œuvre qui consiste à conduire à bonne fin la constitution de la Société par actions. Par là ils engagent leur responsabilité à raison de faits divers ». Le savant auteur explique par là et d'ailleurs fort bien :

L'obligation pour les fondateurs de poursuivre la constitution de la Société à moins de motifs plausibles contraires.

L'obligation pour eux de respecter l'ordre d'attribution des actions entre les souscripteurs.

Et enfin leur responsabilité au cas d'annulation postérieure de la Société.

Cette hypothèse, elle aussi, a soulevé quelques critiques :

MM. Thaller et Percerou font remarquer, eux-mêmes, que les souscripteurs sont, il est vrai, des personnes incertaines à l'origine. « Mais, ajoutent-ils (3), on n'émet plus aujourd'hui les mêmes exigences qu'autrefois sur la certitude d'un sujet actif pour la validité des contrats ». La situation n'en est pas moins originale. Pratiquement, en effet, il peut arriver que les fondateurs ignorent les souscripteurs dont ils gèrent, prétend-on, les affaires, ce qui n'empêche pas d'ailleurs les

(1) DALLOZ, *Sup. verb. Sociétés*, N° 1193. — FUZIER-HERMANN, *id.*, N° 2916 déjà cités. On pourrait même dans certaines hypothèses considérer les fondateurs non plus comme les gérants d'affaires mais comme des mandataires. Dans la majorité des cas, cependant, il paraît bien difficile d'admettre un pareil mandat, même tacite, de la part des souscripteurs. Ajoutons que l'hypothèse du mandat, plus difficile à admettre que celle de la gestion d'affaires, n'apporte aucun avantage sur cette dernière.

(2) THALLER et PERCEROU, *op. cit.*, N° 503. — THALLER et PIC, II, N° 845. — LYON-CAEN et REZAULT, I, N° 686 *bis*. — PERCEROU, *op. cit.* p. 36 et suiv. — ARTHUYS, I, N° 369.

(3) THALLER et PERCEROU, *op. cit.* p. 297, note 1.

souscripteurs de pouvoir ignorer, eux aussi, les véritables fondateurs.

M. Lescot (1) fait observer, d'autre part, que si les fondateurs entreprennent pour le compte des premiers souscripteurs la constitution de la Société, c'est au nom de ceux-ci qu'ils recruteront les nouveaux adhérents. Les premiers souscripteurs seront en conséquence responsables vis-à-vis des souscripteurs postérieurs de la gestion et du dol des promoteurs. Conséquence inadmissible puisqu'en quelque sorte elle transformerait des souscripteurs purs et simples en fondateurs.

Enfin, si évidemment le côté le plus important des relations juridiques entre fondateurs et souscripteurs, est représenté par les obligations qui pèsent sur les premiers, on ne saurait oublier qu'ils ont aussi des droits importants. C'est ainsi que nous avons vu qu'ils peuvent réclamer aux souscripteurs la libération au moins partielle des actions par eux souscrites. Nous avons déjà fait remarquer d'ailleurs qu'à proprement parler cette action ne leur appartenait pas et qu'il n'en avait que l'exercice. Or la gestion d'affaires donne bien le droit au gérant de réclamer au géré ses dépenses utiles, elle lui permet bien d'exercer les actions du géré et de l'obliger; mais elle ne peut expliquer comment le gérant aurait le droit d'un tiers contre la personne dont il a géré les affaires (2).

(1) LESCOT, *op. cit.* p. 140 et 141.

(2) Une hypothèse analogue à celle de la gestion d'affaires est celle qui fait intervenir les fondateurs comme stipulant avec les souscripteurs au profit de la Société Anonyme. Nous avons d'ailleurs fait remarquer dans un précédent chapitre l'analogie entre la stipulation pour autrui et la gestion d'affaires. Néanmoins l'hypothèse de la stipulation pour autrui aurait l'avantage d'expliquer la naissance d'obligations par les souscripteurs au profit des fondateurs. (Il est vrai qu'alors les fondateurs auraient non un droit dérivé, mais un droit personnel). Mais la stipulation pour autrui reposerait sur un contrat entre fondateurs et souscripteurs. Ce qui ne peut-être

Devons-nous pour cela abandonner l'hypothèse de la gestion d'affaires ? Nous ne le croyons pas ; celle-ci, en effet, montre très bien, d'une part, que les liens qui unissent souscripteurs et fondateurs ne sont que l'accessoire de la formation du contrat de Société et des liens qui unissent les uns et les autres à cet organisme en voie de formation. L'opération juridique, en effet, comporte trois personnages et non deux. Elle montre aussi que le rôle juridique des fondateurs dans la constitution de la Société Anonyme a pour seule et unique cause un fait : *leur immixtion dans la constitution.*

D'autre part, la notion de gestion d'affaires, lorsque l'on fait des souscripteurs les gérés, explique très bien la formation des droits que les souscripteurs ont contre les fondateurs. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'on adopte pour géré non la Société, mais les souscripteurs.

Et cependant cette opinion est-elle conforme à la réalité ? Nous avons déjà dit qu'il était difficile de considérer les promoteurs comme gérants d'affaires de personnes inconnues d'eux, comme cela peut être le cas. Ajoutons, surtout, que les fondateurs ne peuvent avoir et qu'on ne peut leur prêter l'intention de gérer les affaires particulières à chaque souscripteur ; non, ils gèrent celles qui sont communes à *tous* les souscripteurs et non pas au nom d'un seul mais bien au nom de tous ; disons le mot : ils gèrent les affaires de *la collectivité des souscripteurs* ; mais nous avons déjà donné un nom à cette collectivité ; c'est la Société « *personne morale interne* ».

dans le cas très possible comme nous l'avons vu où souscripteurs et fondateurs s'ignorent mutuellement. Les liens de droit entre les uns et les autres ont pour cause un fait « *l'immixtion des fondateurs dans la constitution* » et non un accord de volontés.

Qu'est-ce, en effet, que la personnalité dans notre opinion ? Un moyen commode pour expliquer la communauté d'intérêts entre associés et les bénéfices qui en résultent pour la mise en exercice des droits communs.

A notre avis, en conséquence, faire des fondateurs les gérants de chaque souscripteur c'est écarter délibérément de la question la théorie de la personnalité interne, logiquement pour les auteurs qui admettent cette théorie le fondateur exerçant les droits communs à tous les souscripteurs ne peut être que le gérant d'affaires de la Société.

Pratiquement d'ailleurs si les fondateurs ne sont plus les gérants d'affaires des souscripteurs mais bien de la Société, aucune difficulté ne se pose plus concernant la personnalité incertaine du géré, car celui-ci c'est la Société elle-même, personne existante et parfaitement déterminée. De même les premiers souscripteurs ne seront plus responsables envers les adhérents postérieurs des fautes des fondateurs ; ils seront remplacés en cela par la Société, ce qui est éminemment plus équitable. Pourquoi, en effet, ne pas admettre que le dol des fondateurs, par exemple, ne puisse pas être opposé à la Société ? (1).

Enfin, si les fondateurs sont les gérants de la Société rien n'est plus facile que de comprendre la faculté qu'ont ceux-ci d'exercer les actions de la Société et notamment de demander aux souscripteurs de se libérer, envers la Société, de la quotité prévue sur chaque action,

L'on nous objectera certainement que si nous avons évité les écueils que rencontrait l'opinion précédente, par contre nous en perdons le bénéfice qui était d'ex-

(1) THALLER et PIC, II, N° 893.

pliquer la formation des obligations des fondateurs envers les souscripteurs (obligation de constituer la Société et de respecter l'ordre d'attribution; responsabilité envers les souscripteurs), ce qui est pourtant le point le plus important des relations entre ces deux groupes de personnes.

Mais avec notre thèse, les souscripteurs, dans leur rôle de gérés, sont simplement remplacés par la Société, en sorte que les mêmes obligations pèseront toujours sur les fondateurs, non plus évidemment en faveur des souscripteurs, mais bien en faveur de la Société. Pourquoi alors ne pas admettre que ces actions, comme toute autre action sociale, ne puissent être exercées *ut singuli* par chaque actionnaire en ce qui concerne sa part sociale indivise alors surtout que la Société n'ayant encore aucun représentant légal l'action *ut universi* ne peut pratiquement être exercée.

Ajoutons qu'en ce qui concerne la responsabilité des fondateurs, l'art. 1382 Code Civil fera naître, dans bien des cas, au profit des souscripteurs considérés individuellement une action propre en dommages-intérêts (2).

Ceci peut cependant ne pas paraître suffisant pour expliquer l'obligation des fondateurs de respecter l'ordre d'attribution des actions. Mais, comme nous l'avons dit, cette obligation pèse au premier chef sur la Société elle-même. Or, les fondateurs gérant les affaires de la Société vis-à-vis des souscripteurs se trouvent forcément obligés de respecter les liens de droit existant entre les souscripteurs et la Société. Ceci, en vertu des principes

(2) En ce qui concerne la responsabilité spéciale édictée par l'article 42 de la loi de 1867, outre que la volonté expresse du législateur suffirait amplement à l'expliquer, nous verront que la question de savoir si elle repose sur une base contractuelle ou délictuelle est controversée.

mêmes de la représentation, car agissant en sa qualité de gérant, le fondateur ne met pas en cause sa personnalité juridique, mais celle de la Société.

Les souscripteurs, d'ailleurs n'exercent pas là une action principale. En effet, le fait, cause juridique du droit, est la répartition des actions par les fondateurs, du moment que ceux-ci y procèdent au nom de la Société, les souscripteurs ont le droit de leur demander d'appliquer à cette répartition les règles que la Société s'était engagée à observer.

En sorte que les souscripteurs auraient en ce cas, une véritable « *actio utilis* » contre les fondateurs (1).

(1) Il ne faudra pas conclure des développements ci-dessus qu'il ne puisse jamais se former de liens contractuels entre souscripteurs et fondateurs ; mais ces liens seront complètement étrangers à la Société. Ainsi la Jurisprudence décide que les conditions particulières insérées dans un bulletin de souscription quoique n'ayant aucun effet vis-à-vis de la Société, pourrait obliger le fondateur qui aurait consenti à leur insertion, comme le ferait une véritable promesse de porte fort.

CHAPITRE IV.

Obligations des fondateurs envers les souscripteurs Application de notre thèse

Obligation de constituer la Société ; obligation de liquider la Société si elle ne peut parvenir à franchir la phase constitutive ; obligation d'attribuer les actions aux souscripteurs conformément aux statuts ; du moment où les fondateurs doivent dresser les statuts (loi du 30 janvier 1907) ; obligation de rendre compte ; du dol des fondateurs à l'encontre des souscripteurs.

Après avoir établi la nature juridique des rapports entre souscripteurs et fondateurs, il convient maintenant d'étudier plus amplement les conséquences de la thèse que nous avons admise.

L'art. 1372 du Code Civil édicte que « celui qui gère « contracte l'engagement tacite de continuer la gestion « qu'il a commencée et de l'achever jusqu'à ce que le « propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ».

Les fondateurs, gérants d'affaire de la Société, ne peuvent pas abandonner l'œuvre par eux entreprise, à savoir la constitution de la Société et cette obligation dure jusqu'à ce que celle-ci soit organisée conformément à la loi et que ses représentants légaux puissent venir remplacer les fondateurs dans leur tâche.

D'après certains auteurs (1), cette obligation n'existerait pas, « Comment, dit M. Lescot (2), les fondateurs « pourraient-ils dès le début garantir aux souscripteurs « partiels que le capital social sera intégralement couvert et le minimum légal versé sur chaque action. « Les circonstances viennent parfois entraver la réalisation des plans, les plus sérieusement conçus; telle « entreprise avorte qui s'annonçait sous les plus brillants auspices. Aux promoteurs, s'ils sont honnêtes, « de savoir éviter la catastrophe, avant qu'il soit trop « tard; leur responsabilité est engagée, il est juste « qu'elle ait comme contre-partie leur liberté ».

Cet auteur admet, d'ailleurs, que cette liberté n'est plus entière à partir de la déclaration notariée, les fondateurs « agissant dorénavant en qualité d'organes du « corps social doué déjà d'une certaine activité aux « aspirations duquel ils doivent obéir » (3).

D'autres font naître cette obligation plus tôt, dès que la souscription est couverte (4).

Ces distinctions ne nous semblent pas possibles; l'obligation dont s'agit comme la personnalité interne de la Société existe dès le début ou bien n'existera jamais. Mais il n'y a aucune bonne raison de placer sa naissance à une époque intermédiaire.

Pratiquement d'ailleurs des obstacles insurmontables à la constitution de la Société peuvent se dresser aussi bien à la fin de la période constitutive qu'à son com-

(1) Cellérier, *Etude sur les Sociétés Anonyme en France et dans les pays voisins*, N° 205. — Massart, « De la Condition de la Société par actions pendant la période constitutive », p. 33.

(2) Lescot, *op. cit.*, p. 159.

(3) Voir aussi Houpin, « *Traité des Sociétés* », I, N° 453.

(4) Comp. Paris 16 juin 1897. *Rev. des Soc.*, 98-II (motifs). — Fuzier-Hermann, N° 3079.

mencement. Il est d'autre motifs que la non-souscription totale des actions, d'abandonner la constitution. Ainsi, par exemple, un refus de concession, une invention nouvelle rendant sans intérêt le brevet à exploiter ou bien encore l'élévation de tarifs douaniers, incidents d'ailleurs qui peuvent arriver à toute époque.

Nous ne croyons pas, d'autre part, que la responsabilité des fondateurs entraîne comme contre-partie leur liberté. Quand nous disons, en effet, que les promoteurs sont tenus de constituer la Société, nous ne voulons pas dire qu'ils en sont tenus envers et contre tous; mais seulement qu'ils ne peuvent renoncer à leur projet *sans motifs plausibles* (2) et ceci est d'ailleurs conforme aux règles générales de la gestion d'affaires, le gérant ne doit-il pas apporter à l'affaire les mêmes soins qu'y apporterait le maître, c'est-à-dire continuer la constitution si tel est l'intérêt de ce dernier ou la suspendre, au cas contraire. Ce que nous disions, en fin de compte, c'est le droit qu'auraient les promoteurs à ne pas réaliser l'affaire et ce dans leur propre intérêt et au préjudice des souscripteurs (3). Par là même nous voyons que cette obligation ne peut nuire au fondateur *honnête*. Quant à leur responsabilité, elle a pour base une faute, sans laquelle elle ne saurait exister et dehors de laquelle on ne saurait trouver de causes d'atténuation.

L'obligation de constituer, obligation de faire, se tra-

(2) Thaller. N° 503. — Pie, II, N° 873. — Lyon, Caen et Renault, II, 321. — Perceron, p. 36. — Arthuys, I, 369.

(3) Les souscripteurs ne sont pas d'ailleurs obligés d'attendre indéfiniment la constitution de la Société, en l'absence de stipulations précises dans les statuts, il appartiendra au juge, sur la demande des souscripteurs d'impartir un délai aux fondateurs pour continuer la Société, passé ce délai les souscripteurs se trouveront libres. (Pie, II, N° 875 et note 3.)

duira pratiquement par une demande en dommages-intérêts que pourra intenter chaque souscripteur individuellement, non pas que l'action lui appartienne en propre, pour nous elle appartient à la Société, mais cette action sociale peut être intentée *ut singuli* par chaque souscripteur. Ceux-ci, devenus actionnaires ne peuvent-ils pas demander aux tribunaux la réparation du préjudice causé par la mauvaise gestion des administrateurs? Les administrateurs sont les mandataires de la Société; les fondateurs ses gérants d'affaires dans un cas comme dans l'autre la situation juridique est la même, en observant toutefois que dans le cas qui nous occupe la Société n'étant pas organisée l'action *ut singuli* ne pourra être entravée par l'action *ut universi*.

Ainsi, et ceci est bien conforme au bon sens, les fondateurs actionnés en dommages-intérêts pour abandon sans motifs de la constitution, pourront-ils exciper victorieusement au souscripteur demandeur de ce que celui-ci, de par le rang de sa souscription, aurait été fatalement exclu de la liste définitive.

Conformément à l'art. 1374 du Code Civil, les fondateurs devront apporter à leur gestion d'affaires « tous les soins d'un bon père de famille », et leur gestion comprendra non seulement tout ce qui est directement opération constitutive; mais les opérations qui en seront la suite ou l'accessoire.

C'est ainsi que si les fondateurs sont obligés de renoncer à la constitution par suite d'un cas de force majeure ou d'un événement fortuit, alors que des souscriptions ont été déjà obtenues, ils devront assurer les opérations de liquidation de la Société (1).

(1) Notons ici combien la thèse de la personnalité interne est intéressante en ce cas, alors que la Jurisprudence où elle n'a pas encore pénétrée

De même les fondateurs, gérants d'affaires, doivent rendre compte de leur gestion (art. 1372 et 1993 Code Civil comb.) aux représentants légaux de la Société, si celle-ci dépasse la phase constitutive ou, au cas contraire, aux souscripteurs eux-mêmes, en leur qualité d'associés.

En particulier, les promoteurs seront comptables des sommes, objets et valeurs qui leur auront été remis par les souscripteurs et dont ils ne seront que les dépositaires.

Il en résulte que si ceux-ci tombent en faillite ou en déconfiture, la Société ne viendra pas comme créancière, au marc le franc avec les créanciers personnels du failli; mais pourra revendiquer ces sommes ou valeurs, à moins qu'elles n'aient été confondues avec celles propres au failli et que leur spécification ne puisse plus se faire (1).

Pour éviter ce péril, l'usage s'étend de plus en plus de stipuler dans les statuts que les sommes provenant des souscriptions seront versées à tel ou tel établissement de crédit à un compte spécialement ouvert pour elles.

Nous avons dit que les fondateurs devaient apporter dans la constitution de la Société tous les soins d'un bon père de famille. Ils doivent en outre dans toutes leurs opérations se conformer scrupuleusement aux statuts. Cette obligation est une conséquence de la première : la Société, en effet, ne peut se constituer que

se voit obligée de faire intervenir une Société de fait et ne peut qu'avec beaucoup de peine et un peu d'illogisme éviter des conséquences contraires à l'intention des parties et à l'équité.

Nous consacrerons une partie d'un des chapitres suivants au remboursement des impenses des fondateurs au cas de liquidation anticipée.

(1) Thaller, N° 503. — Pic, II, N° 845.

dans le cadre qui lui a été tracé par les statuts. Toute violation des statuts, même si elle n'occasionnait pas la nullité de la Société, est une violation des obligations contractuelles entre la Société et les actionnaires et est donc bien, en conséquence, une faute de gestion des fondateurs.

L'application de ces principes va nous permettre, notamment, de résoudre le problème délicat de l'attribution des actions aux souscripteurs.

Lorsque la constitution de la Société se fait par appel au public, il est absolument impossible, dans la plupart des cas, d'obtenir une parité rigoureuse entre le capital social et le montant des souscriptions. Si l'affaire réussit, le dernier dépasse forcément le premier. Non pas parce que les fondateurs seraient tenus de maintenir la souscription ouverte pendant le délai stipulé; la Jurisprudence, en effet, admet que la souscription peut être close dès le moment où elle est couverte (2); mais parce que les souscriptions se faisant à la fois par plusieurs établissements ou guichets, on ne peut déterminer le moment où le capital est entièrement souscrit.

Il arrive souvent, d'ailleurs, que certains souscripteurs bénéficient d'un droit de préférence, en ce cas on sera obligé d'attendre l'époque fixée pour la clôture de l'émission malgré que le nombre des souscriptions non privilégiées ait dépassé de beaucoup et depuis longtemps le montant du capital social.

Il y a donc lieu forcément, dans cette hypothèse, à opérer la réduction des souscriptions obtenues. Les auteurs et la Jurisprudence sont d'accord pour admettre que les fondateurs sont tenus d'effectuer ces opérations en

—(2) Lyon, 19 juillet 1882. D. P. 84-2-183. — Houpin, I, N° 445.

se conformant aux règles édictées par les statuts (1). Quant au fondement de cette obligation, les uns y voient là une question de bonne foi (2) ou encore un effet du caractère public de l'opération comportant renonciation pour les fondateurs du pouvoir d'exclure (3), d'autres enfin, voient là l'effet de conventions passées entre souscripteurs et fondateurs. « Le souscripteur, dit D. Cellérier (4), en plaçant sa signature au bas d'un bulletin, « non seulement se tient pour lié; mais considère que « les conditions du prospectus obligent de leur côté, « les émetteurs qui l'ont signé ».

Pour nous, nous avons montré déjà comment les fondateurs gérants de la Société, sont obligés dans leur gestion de respecter les liens contractuels, en l'occurrence les statuts, existant entre la Société et les tiers avec lesquels ils traitent, en l'occurrence les souscripteurs.

Enfin, prospectus et statuts peuvent être muets sur la répartition des actions entre souscripteurs. Les fondateurs peuvent-ils en ce cas procéder comme bon leur semblera ? On pourrait y croire, notre législation étant muette en la matière. L'usage tend, au contraire, à établir une réduction proportionnelle avec intangibilité des souscriptions uniques.

Cet usage nous semble pouvoir être opposé aux fondateurs comme une clause toute sous-entendue dans les statuts (4).

(1) Thaller, N° 513. — Lyon, Caen et Renault II, N° 686bis. — Houpin, I, N° 446. — Goiffon, p. 145. — Dalloz, Supplément, N° 1206. Fuzier-Hermann, N° 3052. — Bordeaux 3 mars 1884. D. P. 86 2 68.

(2) Pic, II, N° 873.

(3) Thaller, N° 513.

(4) Cellérier, N° 177. Notons que l'explication de celui-ci ne peut servir au cas où les règles dont s'agit seraient seulement inscrites dans les statuts, sans être reproduites dans le bulletin de souscription.

(1) Il ne faut pas confondre la question ici traitée de la répartition des actions, avec celle de la délivrance des titres définitifs, celle-ci ne peut avoir lieu qu'après la constitution définitive de la Société, à peine de nul-

Au fond tout cela revient à dire que les statuts sont opposables aux fondateurs; mais encore faut-il que les statuts aient été dressés; or nous ne pouvons quitter la question avant d'avoir fait remarquer une particularité, sinon un illogisme de notre législation.

Il résulte, en effet, de la loi de 1867 que les fondateurs ne sont obligés de dresser les statuts de la Société Anonyme qu'au moment de la déclaration notariée. Ainsi donc les promoteurs pourront recueillir toutes les adhésions nécessaires et après avoir réuni tout le personnel de la Société seulement, rédiger la Charte constitutive.

Cette solution illogique et dangereuse n'en est pas moins certaine en notre droit et les souscripteurs ne pourront se plaindre des clauses insérées dans les statuts ainsi rédigés, à l'exception du cas où une intention dolosive de la part des fondateurs pourrait être prouvée « *fraus omnia corrumpit* » (2).

En effet, les souscripteurs, en adhérant alors qu'ils savaient pertinemment que les statuts n'étaient pas dressés, à un programme dont les seules grandes lignes existaient, s'en sont implicitement remis pour les détails sur les fondateurs dont ils ne peuvent se plaindre tant que ceux-ci sont de bonne foi, bonne foi qui doit être présumée.

Il est vrai que l'art. 3 de la loi du 30 janvier 1907, dans l'hypothèse où les fondateurs ont recours à une souscription publique, oblige les « émetteurs, exposants, « metteurs en vente et introducteurs » à faire insérer à

lité pour la Société, si ses statuts l'autorisaient (art. 41 de la loi de 1867) et d'une amende de 500 à 10,000 francs encourrus par les fondateurs (art. 45). Thaller, N° 6-16.

(2) Thaller, N° 606. D'autre part la preuve de l'intention dolosive permettrait aux souscripteurs de demander l'annulation de leur souscription. Thaller, N° 517. Voir *infra*.

un Bulletin annexe du *Journal Officiel* une notice détaillée et de plus, dans les affiches, prospectus, circulaires et annonces à se référer à la dite insertion, les trois premiers devant contenir d'ailleurs les mêmes énonciations que la notice (1).

Mais, malgré la tendance de la Jurisprudence à une interprétation extensive et notamment à y comprendre tous actes de moyen publics préparatoires à la mise en circulation des titres (2), il faut observer :

1^{er} que la sanction de cette disposition législative n'est pas la nullité de la Société, mais une simple amende encourue par le contrevenant (3).

2^o qu'il est douteux qu'elle s'applique lorsque les fondateurs n'ont écoulé les titres que par des démarcheurs opérant à domicile ou par envoi de prospectus à des personnes quelconques (4); que, d'ailleurs, ils ont pu obtenir l'écoulement de leurs titres sans aucune mesure de publicité et qu'alors l'art. 3 ne leur est certainement plus applicable.

3^o que de toutes façons ils peuvent n'arrêter la rédaction définitive des statuts qu'ultérieurement (5).

4^o et que « même après avoir publié à l'*Officiel* une « première notice, ils peuvent y faire insérer une notice rectificative, modifiant parfois profondément les « bases primitives de l'acte projeté » (1).

Il n'est guère discutable que ce ne soit une amélioration certaine de notre système législatif en la matière

(1) Voir le commentaire de ce texte par M. Wahl dans Jour. des Soc. Mai et juin 1907.

(2) Trib. Cor. Seine, 4 juin 1913, D. P. 1914-2-121.

(3) Lyon-Caen et Renault. Précis, N° 285bis. Il pourrait d'ailleurs y avoir lieu à dommages intérêts (Houpin 1467).

(4) Pic, II, N° 861 et Houpin, II, N° 1450.

(5) Pic, II, N° 861.

que d'obliger les fondateurs, avant toute opération constitutive, à publier entièrement les statuts au Bulletin créé par la loi de 1907 ou toute autre publication (2).

Non pas que les statuts soient intangibles pendant la période constitutive; mais parce qu'il ne peut être permis aux fondateurs, même par une voie détournée de pouvoir apporter, par leur seule volonté, la moindre modification à la Charte constitutive dès qu'une adhésion a été obtenue (3).

Enfin, les fondateurs poursuivant leur tâche, la Société Anonyme sortira de son état larvaire et ses organes de volition et d'administration apparaîtront. Nous avons déjà dit qu'à ce moment les fondateurs devront rendre compte à ces organes. Les points les plus importants, comme l'évaluation des apports, les avantages concédés, seront soumis, suivant le vœu de la loi, à l'approbation des Assemblées constitutives. Pour le surplus, c'est aux premiers administrateurs que les fondateurs devront rendre compte. Et, en effet, le premier conseil d'administration est obligé par la loi de rechercher si la constitution a été régulière, et sa responsa-

(2) Voir en ce qui concerne ses projets de réforme Pic II, N° 1082.

(3) Les statuts de la Société peuvent être modifiés pendant la période constitutive, non seulement du consentement de tous les associés; mais aussi dans les conditions prévues par la loi pour les modifications de statuts des Sociétés en exercice. Il n'y a pas en effet de bonnes raisons pratiques pour retarder jusqu'à la fin de la constitution, cette opération si elle paraît désirable, et elle n'a rien d'illogique si on adopte la thèse de la personnalité interne dont c'est encore un des avantages (Thaller, sous Req. 9 fév. 1903, D. P. 1905-1-265).

Pratiquement d'ailleurs l'opération ne pourra se faire qu'au moment de la réunion des Assemblées constitutives trop de difficultés, en effet, seraient rencontrées pendant la période de souscription, même si on ne considère pas la publicité faite par les fondateurs comme une offre à personne incertaine (en ce sens Paris 22 janv. 1853, D. P. 54-2-258 — P. Com. Lille, 7 janv. 1896; Rev. Soc., 97-463. — Lyon, 17 juillet 1902; Jour. Soc. 1903, p. 22. — Houpin I, 452. — Massart, p. 29. — En sens contraire Thaller, N° 517. — Pic II, N° 874. — Goiffon, p. 102).

bilité est engagée à ce sujet, aux termes de l'art. 42 de la loi de 1867 (1).

Ces diverses opérations auront lieu plus ou moins régulièrement et il en résultera une ratification expresse ou tacite de la gestion des fondateurs, qui fera d'eux rétroactivement les mandataires de la Société. « Ratificatio mandato aequiparatur. »

Remarquons que cette ratification est nécessaire, au moins partiellement, pour assurer la constitution de cette Société. La Société, en effet, devra prendre à sa charge toutes les opérations constitutives nécessaires ou renoncer à exister. Certes, elle pourra traiter et transiger avec les fondateurs, elle pourra même, dans une opinion (2) procéder à la réduction des apports, sans le concours des fondateurs. Mais quand ceux-ci, par exemple, lui apportent les souscriptions qu'ils ont recueillies, elle se trouve bien obligée de les accepter avec les vices qu'elles peuvent contenir, sans pouvoir les éliminer, car son capital social ne serait plus intégralement souscrit.

D'ailleurs, d'une part, et ceci est l'équité stricte, la Société sera obligée de ratifier si l'affaire a été bien administrée (art. 1374 Code Civil), et, d'autre part, la pratique montre que les fautes des fondateurs ne sont que bien rarement révélées au début de l'existence de la Société.

Cette ratification transformera, rétroactivement, comme nous l'avons déjà dit, les fondateurs en mandataires de la Société; celle-ci en conséquence, et conformément au Droit commun (art. 1384, 3^o Code Civil.), sera responsable à l'égard des tiers des fautes par eux commises dans leur gestion.

(1) PIC, II, N^o 1029 du moins d'après la Jurisprudence.

(2) PIC, II, N^o 949.

Le rôle des fondateurs, comme nous le verrons plus loin, est strictement limité par la loi à la constitution même de la Société; ils n'ont donc pas le droit de la faire fonctionner pendant la période constitutive et ne peuvent en conséquence faire aucune opération juridique extérieure en son nom. De sorte que les seuls tiers avec lesquels ils auront l'occasion de traiter au nom de la Société ne peuvent être que les souscripteurs. Pratiquement, d'ailleurs, dans la grande majorité des cas, la faute commise consistera en un dol. Nous nous contenterons d'examiner ce cas.

Le dol des fondateurs (1) ne pourra donner lieu à une action en dommages-intérêts de la part d'un associé contre la Société, comme nous l'avons déjà dit, que si celle-ci a ratifié au moins tacitement leur gestion. Mais en ce cas elle donnera toujours lieu à réparation du préjudice causé. Le souscripteur lésé, comme de juste, pouvant diriger son action soit contre l'auteur du dol (2) soit contre la Société soit simultanément contre eux et sous réserve du recours de la Société contre le fondateur.

En outre, le dol des fondateurs représentant la Société, devra être considéré comme émanant d'elle, et devra en conséquence entraîner la nullité de la souscription quand il en aura été la cause déterminante (art. 1116 Code Civil) (3).

(1) Sur le caractère que doivent présenter les manœuvres des fondateurs pour constituer un dol. PERCEROU, *op. cit.*, p. 35 à 40. L'appréciation du juge du fait est d'ailleurs souveraine. AUBRY et RAU, IV, p. 304. — Cass., 21 janvier 1890. Rev. Soc., 90, p. 127.

(2) Il est bien évident que dans tous les cas l'auteur du dol est tenu de réparer le dommage causé (art. 1382. Req. 12 nov. 1907. D. P., 1908.1.87. — S. 1910.1.498. — 16 mai 1909 D. P. 1910.1.47. S. 1910.1.500. COLIN et CAPITANT, II, p. 708.

(3) Sur la distinction du dol incident et du dol principal, PLANIOL, II,

Mais des « allégations mensongères contenues dans
« des prospectus destinés à annoncer une souscription
« ne sont pas suffisantes pour entraîner la nullité de
« la souscription, si elles n'ont pas exercé une influence
« décisive sur l'esprit du souscripteur qui s'est engagé
« sans vérifier les faits annoncés bien qu'il en eût les
« moyens à sa disposition (1) ». De pareils faits pour-
raient d'ailleurs fort bien donner lieu à l'action en dom-
mages-intérêts dont nous avons parlé auparavant.

L'annulation de la souscription d'un des associés, annulation qui, bien entendu, devra être poursuivie contre les représentants de la Société, aura pour conséquence d'entraîner logiquement celle de la Société elle-même, en vertu du principe de la souscription intégrale des actions, le capital n'étant plus entièrement représenté (2).

Cette solution, il n'est pas besoin de le démontrer, est loin d'être heureuse en pratique. D'autant plus que le principe de la souscription intégrale a été édicté dans l'intérêt des créanciers de la Société, contre lesquels les associés ne peuvent invoquer la nullité de leur souscription pour dol, la Jurisprudence reconnaissant à ces créanciers une action directe contre les actionnaires (3).

Ne vaudrait-il pas mieux que le Tribunal réduise purement et simplement le capital social de la quotité

N° 1063, AUBRY et RAU, IV, p. 302 et plus particulièrement en ce qui concerne la question imposée. PERCEROU, p. 37 et Douai, 11 août 1887. Jour. des Soc., 1888, p. 314.

(1) PERCEROU, *op. cit.*, p. 35. Paris 26 mars 1886 R. S. 1886, p. 564. — Paris 23 mars 1887. R. S. 87, p. 359.

(2) PIC, II, N° 946.

(3) COLIN et CAPITANT, II, p. 303. — Req. 10 février 1868. — D. P., 1868.1.379. S. 1868.1.149. — Paris 26 avril et 9 mai 1877. D. P. 1879.2.81. — S. 1880.2.331. Notons que l'existence de cette action directe est un argument en faveur de la thèse que nous avons soutenue, à savoir que la nature juridique des liens entre actionnaires et des liens d'actionnaires à créanciers sociaux est complètement différente.

voulue, le jugement en question devant naturellement être publié comme un acte modificatif des statuts ?

C'est ainsi que le Tribunal de Commerce de la Seine et la Cour de Paris, en invoquant d'ailleurs le principe de la vente en matière de vices cachés, n'ont pas hésité à réduire des apports frauduleusement majorés (1).

Il nous resterait à traiter, pour épuiser la matière du présent chapitre, trois questions particulièrement importantes :

1° La responsabilité des fondateurs au cas d'annulation de la Société.

2° La rémunération et le remboursement des débours des fondateurs.

3° Les opérations juridiques faites au profit de la Société par les fondateurs au cours de la période constitutive.

A cause de la longueur des développements qu'elles exigeront, nous y consacrerons à chacune un des chapitres suivants.

(1). Trib. Comm. Seine, 26 févr. 1907, Jour. des Soc., 1908, p. 67 et la note de M. Decugis ; Paris 3 fév. 1910, Jour. des Soc. 1911, p. 121.

CHAPITRE V

Responsabilité des fondateurs

1° Quelles sont les personnes responsables ? 2° A qui appartient l'action en nullité ? 3° A quelles conditions l'action sera-t-elle recevable ? 4° Quelle est l'étendue de la responsabilité ? 5° Quelle est la nature juridique de la responsabilité des fondateurs ? Action collective ou individuelle ?

« La liberté de fondation des Sociétés par actions, dit M. Thaller (1), a pour contre-poids la responsabilité. Les fondateurs qui font mauvais usage de leur mandat, doivent expier leurs fautes ou négligences. Les Sociétés par actions donnent l'exemple des responsabilités les plus graves et les plus étendues. La multiplicité des intérêts lésés dans une entreprise de plusieurs millions rend la sanction de la loi très menaçante. Si elle est trop sévère, elle découragera les hommes d'entreprise de fonder des Sociétés ».

On ne saurait mieux poser la question et montrer, dès l'abord, les deux précipices que cotoie le législateur, entre, d'une part, laisser les mains libres à la spéculation et l'agiotage et, d'autre part, entraver l'essor des Sociétés constituées sérieusement, mais qui seront toujours soumises à l'aléa du commerce.

D'ailleurs, l'étendue de la responsabilité théorique des

(1) THALLER, N° 560.

fondateurs a, en pratique, l'effet inattendu de ne mettre entre les mains des personnes lésées qu'une arme lourde, peu maniable et dangereuse à l'usage. Outre les difficultés et lenteurs de procédure auxquelles se heurte en la matière comme en tous procès délicats, d'une part, la composition des fortunes actuelles permet facilement aux fondateurs débiteurs de dissimuler une grande partie de leurs actifs; d'autre part, le jugement obtenu portant condamnation à des dommages-intérêts est passible d'un droit d'enregistrement proportionnel important perçu sur minute et dont le demandeur devra faire l'avance (2).

Cette responsabilité résulte du droit commun, notamment de l'art. 1382 du Code Civil et des principes que nous avons étudiés dans le chapitre précédent; mais elle est ainsi édictée par un texte spécial, l'art. 42 de la loi du 24 juillet 1867, modifiée par l'art. 5 de la loi du 1^{er} août 1893.

« Lorsque la nullité de la Société ou des actes et dé-
« libérations, y est-il dit, a été prononcée aux termes
« de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nul-
« lité est imputable et les administrateurs en fonctions
« au moment où elle a été encourue sont responsables
« solidairement envers les tiers et les actionnaires du
« dommage résultant de cette annulation.

« La même responsabilité solidaire peut être pronon-
« cée contre ceux des associés dont les avantages n'au-
« raient pas été vérifiés ou approuvés conformément
« à l'art. 24. »

(2) Aussi l'usage se répand de demander au Tribunal une condamnation par provision à une somme relativement minime en commettant un arbitre pour établir la réelle consistance du dommage subi. (THALLER, N° 560. PIC, II, N° 1024), arbitre qui amènera les parties à transiger. Souvent d'ailleurs celui-ci pourra peser sur les fondateurs en les menaçant des sanctions pénales qu'ils peuvent encourir.

Nous étudierons successivement :

- 1° Quelles sont les personnes responsables?
- 2° A qui appartient l'action en responsabilité?
- 3° A quelles conditions l'action sera-t-elle recevable?
- 4° Quelle est l'étendue de la responsabilité?
- 5° Quelle est la nature de la responsabilité de l'article 42?

1. Des personnes responsables

De la lecture de l'art. 42 il résulte que sont responsables :

- a) Les fondateurs;
- b) Certains administrateurs;
- c) Les apporteurs en nature.

Quoique nous n'ayons pas dans cette étude à nous occuper de ces deux dernières catégories de personnes, nous dirons quelques mots cependant de la responsabilité qui leur incombe à raison de connexité de celle-ci avec celle des fondateurs, comme on le verra tout à l'heure.

A) Les fondateurs.

Ce sont en première ligne, les responsables des fautes qui ont pu être commises dans la constitution de la Société. Ce sont eux, en effet, qui ont procédé à cette constitution, ils en sont les auteurs; ils doivent donc, au premier chef, être responsables de leur œuvre. Les personnes des deux autres catégories ne le sont, en effet, que accessoirement parce que la loi présume leur complicité étant dans une situation, pour les uns, où ils pouvaient et devaient surveiller efficacement la constitution de la Société et, pour les autres, parce qu'ils sont les bénéficiaires des irrégularités commises.

Nous avons vu qu'à cause de cette responsabilité qui est la clef de voûte de notre droit en la matière, la loi a omis, omission certainement volontaire d'ailleurs, de définir le fondateur et ce de manière à permettre à la Jurisprudence d'englober sous cette qualification et de faire peser sur le plus grand nombre d'épaules cette lourde responsabilité. Nous avons vu, de même, que les Tribunaux ont largement profité de la liberté qui leur avait été accordée en la matière.

L'art 42 dit : sont responsables « les fondateurs aux-
« quels la nullité est imputable » ; il semblerait que par argument *a contrario*, les autres fondateurs ne pourraient être tenus de réparer le préjudice subi. Il n'en est rien cependant ; tous les fondateurs, même lorsqu'ils ne prennent qu'une part minime à la constitution, sont tenus de la surveiller de très près. C'est un engagement pris tacitement avec le public. Ils ne peuvent lui dire : « Nous ne sommes pas responsables n'étant pas les auteurs des fautes commises », car celui-ci peut leur répondre. « En voyant figurer votre nom sur les prospectus, sachant que vous vous occupiez de l'affaire, j'avais le droit de compter que vous surveilleriez les agissements de vos collègues. Vous avez commis envers moi une faute en manquant de vigilance et vous m'en devez réparation ».

B) *Les premiers administrateurs.*

Tel est encore le fondement de la responsabilité des premiers administrateurs (responsabilité qui est formulée expressément par l'art. 42). Ceux-ci doivent vérifier si la constitution de la Société n'est pas entachée d'un vice originel et la loi a inscrit avec d'autant plus de

raison leur responsabilité qu'il est matériellement impossible à un simple souscripteur de surveiller effectivement le travail des fondateurs.

On a soutenu, avant la loi de 1893, que les premiers administrateurs n'étaient responsables que lorsqu'ils joignaient à leur qualité d'administrateur celle de fondateur. On faisait remarquer, en effet, qu'ils n'étaient pas encore en fonctions au moment où la faute avait été commise et il est vrai que le texte de l'art. 42 semblait leur donner raison (1).

On peut répondre à cette argumentation que la nullité n'existe qu'autant que la Société a commencé à fonctionner, c'est-à-dire après la nomination des administrateurs et que ce n'est qu'à ce moment-là seulement que la faute des fondateurs devient irréparable.

D'autre part, si la loi n'a écrit nulle part que les premiers administrateurs étaient tenus de s'assurer de la bonne constitution de la Société, elle le sous-entend fort bien et ç'aurait été une véritable imprévoyance que de charger l'assemblée générale de cette vérification (3).

(1) L'art. 42 dit, en effet, « et les administrations en fonctions *au moment où elle a été encourue* », en sorte que les fondateurs et les premiers administrateurs n'auraient jamais pu être responsables en même temps des mêmes fautes.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, N° 290. Voir aussi ce que nous avons dit dans le chapitre précédent sur l'obligation pour les fondateurs de rendre compte.

(3) Cass. 27 janv. 1873 D. P. 1873-1-331, S. 1873-1-16. — J. Pal. 72-833. — Cass. 13 mars 1876 D. P. 1877-1-49, S. 76-1-461, J. Pal. 76-873. Il résulte de ce que nous venons de dire sur le fondement de l'action en responsabilité des premiers administrateurs que ceux-ci sont responsables même au cas où ils ne posséderaient pas le nombre d'actions prévu aux statuts (Paris 10 juillet 1885. Sous Cass. 8 nov. 1886 D. P. 87-1353). De même serait responsable l'administrateur qui démissionnerait en s'apercevant des fautes commises (Rennes 24 mai 1909 Jour. des Soc. 1910, p. 260). La solution serait contraire au cas où l'administrateur aurait démissionné aussitôt sa nomination et sans avoir participé à aucun acte de gestion (Paris, 27 octobre 1883 D. P. 1885-2-222 et 14 avril 1892 D. P. 1893-2-247. — PIC, II, N° 1030). Sans que, dans tous les cas, il n'y ait à distinguer les administrateurs statutaires de ceux nommés par l'assemblée générale.

C) *Des apporteurs en nature.*

Leur responsabilité, dont le fondement doit se trouver d'une part dans ce que la loi les présume comme ayant été complices de l'irrégularité et, d'autre part, comme en étant les bénéficiaires, n'est aux termes de l'art. 42, encourue que dans le cas spécial « où les apports ou avantages en nature n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 24 ».

Naturellement leur responsabilité est encourue même lorsqu'il ne sont pas fondateurs, ce qui, d'ailleurs, doit être un cas bien rare en pratique.

Notons enfin que, du texte même de la loi, leur responsabilité est facultative pour le juge; mais que, d'autre part, ils n'ont aucun recours contre les fondateurs.

II. A *qui appartient l'action en responsabilité*

D'après l'art. 42, les fondateurs « sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation », nous nous trouvons donc en face de deux catégories bien tranchées.

Quels sont les tiers envisagés par l'art. 42 : tous ceux qui ont subi un préjudice quelconque résultant de l'annulation de la Société. La formule est donc très compréhensible. Elle comprend d'abord et évidemment les créanciers sociaux mais en outre, bien d'autres catégories, comme par exemple les porteurs de parts de fondateurs. Les créanciers individuels de chaque associé pourraient aussi se prévaloir de l'art. 42; mais presque toujours la nullité de la Société bien loin de leur préjudicier, leur profitera au contraire en leur permettant de concourir avec les créanciers sociaux.

La nature juridique de l'action en responsabilité de l'art. 42 est-elle la même lorsqu'elle appartient à l'associé que lorsqu'elle appartient à un créancier social ?

Cette action, lorsqu'elle est entre les mains des créanciers, ne semble pas pouvoir avoir à sa base une faute contractuelle, comme on serait tenté de l'admettre au premier abord, lorsqu'elle appartient aux associés. Nous verrons, d'ailleurs, qu'autrefois elle n'avait pas les mêmes effets dans un cas comme dans l'autre.

Nous consacrerons en fin de ce chapitre un paragraphe spécial à cette question; nous reportons de même une autre très importante, à savoir si l'action en responsabilité est collective ou individuelle.

III. *A quelles conditions l'action sera-t-elle recevable ?*

Les conditions sont au nombre de deux :

1° L'annulation de la Société.

2° L'existence d'un préjudice causé par l'annulation.

Première condition : Annulation de la Société (1).

Cette condition résulte des termes mêmes de la loi; l'art. 42 de la loi de 1867 dit en effet : « *Lorsque la nullité de la Société* ou des actes et délibérations, *a été prononcée* aux termes de l'article précédent les fondateurs. »

Il n'en résulte pas que l'on doive préalablement à l'instance en responsabilité, intenter et mener à bien l'instance en nullité. Ces deux actions peuvent être poursuivies simultanément (2). Mais le demandeur doit, si l'annulation n'a été déjà prononcée, demander en même temps que tous dommages et intérêts cette annulation

(1) PERCEROT, *op. cit.*, p. 57 à 59. Amiens, 13 mars 1884. Rev. Soc. 1885, p. 87. Voir aussi Cass. 11 mai 1870 D. P. 870-1-401.

(2) PIC, II, N° 1032 et arrêts cités p. 452 note 2.

et pour ce, mettre en cause les représentants de la Société (1).

En établissant cette condition, la loi a évidemment fait preuve d'une grande rigueur logique; on peut se demander si au point de vue pratique elle n'aboutit pas à des conséquences déplorables, en forçant les actionnaires ou les créanciers à demander la nullité de la Société pour bénéficier de l'art. 42. L'annulation d'une Société est toujours une chose dangereuse. Elle amène souvent des conséquences iniques, enfin elle peut arrêter en plein essor une Société réellement prospère.

« L'erreur du système français, dit M. Thaller (2),
« provient de la conception suivante qui est fausse par-
« ce qu'elle repose sur une pétition de principe: l'ac-
« tion en nullité est le préliminaire de l'action en res-
« ponsabilité. On ne saurait priver les intéressés (ce qui
« est vrai), du droit d'exiger une réparation pécuniaire.
« Or, cette réparation ne peut être demandée qu'à con-
« dition par la Société d'être annulée. Mais c'est résou-
« dre la question par la question même. Pourquoi se-
« rait-il interdit de poursuivre une réparation pécu-
« niaire en arguant du tort causé, tout en laissant la
« Société debout ? »

Et cela est tellement possible en législation que la loi de 1893 est venue apporter une exception à la règle ci-dessus. L'action en responsabilité peut, en effet, aux termes de l'art. 8 modifié de la loi de 1867, être intentée dans les trois ans à partir du moment où la nullité était encourue, même si l'action en nullité était éteinte (3).

(1) Cassation 17 janvier 1905 D. P. 1906-1-169 et note de M. Thaller.

(2) THALLER, N° 553.

(3) Nous n'étudierons pas ici la prescription spéciale de l'action en responsabilité; le but de ce chapitre, en effet, est de déterminer la nature

Deuxième condition : De l'existence d'un préjudice provenant de l'annulation.

L'action en responsabilité n'est accordée qu'à celui qui a souffert d'un préjudice provenant de l'annulation et dans la mesure seulement de ce préjudice. Conformément au droit commun, il incombera à l'actionnaire ou au créancier de la Société annulée de faire la preuve et du préjudice et de la relation de cause à effet entre l'annulation et ce préjudice (1).

Mais si tel est le régime actuel de l'action en responsabilité, il n'en a pas été toujours de même, du moins quant aux créanciers sociaux. Sous l'empire de la loi de 1867, l'art. 42 décidait, du moins suivant l'interprétation très rigoureuse de la Jurisprudence (2) que les fondateurs étaient en tous cas, responsables solidairement du préjudice subi par les tiers sans qu'il y ait à en examiner la cause. Les Tribunaux avaient, au cas d'annulation de la Société, fait des fondateurs de véritables associés en nom responsables *in infinitum*.

Il faut remarquer néanmoins que la Jurisprudence n'avait pas été suivie par une fraction importante de la doctrine qui trouvait plus équitable et non moins juridique d'interpréter l'art. 42 ancien en un sens moins rigoureux, car si celui-ci impliquait la responsabilité des fondateurs, il était loin d'en délimiter l'étendue.

Quoiqu'il en soit, la loi de 1893 a assimilé les créanciers aux actionnaires, les uns comme les autres doi-

juridique de cette action et peu importe à ce point de vue, du moins à notre avis, que l'action dont s'agit soit soumise à une prescription exceptionnelle.

(1) Cass. 3 juin 1885 R. S. 1885 p. 166. — Cass. 26 nov. 1892 R. S. 1893, p. 126 et arrêts cités.

(2) PIC, I, N° 1037 et arrêts cités.

vent désormais faire la preuve du préjudice et de la relation de cause à effet entre l'annulation et celui-ci.

Telles sont les deux conditions exigées par la loi ; la première ne pouvant résulter que d'un jugement n'offre pas de difficulté spéciale de preuve. Quant à la seconde, les juges du fond jouissent d'un pouvoir d'interprétation souverain (1) ; cependant, une fois le rapport de cause à effet constaté, la responsabilité est obligatoire et devrait être cassé l'arrêt qui, après avoir constaté ce rapport, ne conclurait pas à l'indemnisation du préjudice subi (2).

Mais en dehors de ces conditions, aucune autre n'est exigée en particulier *le demandeur en responsabilité n'aura pas à prouver la mauvaise foi des défendeurs* (3).

Il semble, cependant, qu'on ne puisse admettre la responsabilité en cas d'erreur commune ou invincible (4). Tel serait le cas, par exemple, d'une erreur de droit sur un point franchement controversé, ou mieux encore, de l'annulation d'une Société par suite d'un revirement de Jurisprudence « *Error communis facit jus* » (5).

(1) Cass. 18 mai 1885 S. 1885-1-473. — 6 février 1893 D. P. 1893-1-263. — 31 janvier 1910 Jour. Soc. 1910, p. 512.

(2) Cass. 9 juin 1891 S. 1891-1-501. — Lyon 9 février 1883 Jour. Soc. 1883-181. Toulouse 28 novembre 1883. La loi 16 janv. 1884. PERCEROU, *op. cit.*, p. 42.

(3) Lyon 9 février 1883 sus-cité.

(4) PERCEROU, *op. cit.*, p. 42. S. Armoricaire. Cass. 15 juillet 1869. — Cass. 30 janvier 1893 D. P. 1893-1-224.

(5) La responsabilité de l'art. 42 ne vise que les fautes commises dans la constitution de la Société (et susceptible d'entraîner l'annulation de celle-ci comme il a été dit plus haut). Ne tombe donc pas sous son empire mais sous celui de l'art. 1382 du C. Civ., le fait d'avoir employé des manœuvres dolosives pour décider un actionnaire à entrer dans la Société (Cass. 23 décembre 1889 R. S. 1890-75. Cass. 9 nov. 1892 D. P. 93-1 74). De même les agissements frauduleux des fondateurs, qui ont constitué la Société entre eux, à l'effet d'écouler les titres sur le marché ne donnent lieu qu'à l'application des règles de l'art. 1382 C. Civ. et de la garantie du vendeur.

III. De l'étendue de l'action en responsabilité de l'art. 42.

L'action en responsabilité de l'art. 42 est :

1° Obligatoire.

2° Egale à l'étendue du préjudice subi.

3° Solidaire (1).

1° *Obligatoire*. Le premier paragraphe de l'article 42 dit, en effet: « Les fondateurs et les administrateurs..... *sont responsables* », alors que le second édicte seulement « la même responsabilité solidaire *peut* être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'article 24 ».

La loi a donc fait un départ entre les fondateurs et les administrateurs, d'une part, et les apporteurs, d'autre part. Alors surtout que d'après la Jurisprudence que nous venons de citer, les fondateurs et les administrateurs ne sont responsables que s'il existe un préjudice résultant de leur fait. Ceci provient d'une rédaction vicieuse de l'art. 42, son premier paragraphe, en effet, ne donne d'action contre les fondateurs et administrateurs qu'en raison d'un « dommage résultant de cette annulation », le second relatif aux apporteurs supprime cette condition; mais en revanche donne un pouvoir discrétionnaire au juge. Il y a là une différence théorique, mais on peut se demander si, en pratique, un Tribunal accorderait l'action au cas où les fautes commises à l'occasion des apports en nature n'auraient occasionné aucun préjudice ou bien s'il la refuserait au cas contraire.

(1) PERCELOU, *op. cit.*, p. 42 à 46.

Nous avons dit plus haut que peu importe la bonne ou mauvaise foi du responsable; notons que c'est là la conséquence naturelle du caractère obligatoire de l'action.

2° *Egale à l'étendue du préjudice subi du chef de la faute commise.* Nous avons déjà montré que l'action en responsabilité était fonction d'un dommage résultant de l'annulation, il faut ajouter maintenant ce complément que la réparation doit être égale au montant du préjudice subi du chef de la faute commise. L'art. 42 dit : « sont responsables du dommage résultant de cette « annulation ». C'est là une disposition toute équitable et conforme à nos principes juridiques en matière de fautes, qu'elles soient délictuelles ou contractuelles.

Répétons enfin que, sous l'empire de la loi de 1867 il n'en était pas de même à l'égard des tiers et que la Jurisprudence considérait les fondateurs en faute comme de véritables associés en nom, responsables du passif de la Société *in infinitum*.

3° *Solidaire.* Avant la loi de 1893, cette solidarité n'existait qu'envers les tiers; quoiqu'il faille remarquer, cependant, qu'au cas de faute commune, les fondateurs auteurs de cette faute étaient tenus *in solidum*, conformément au droit commun (1). Depuis cette loi, la solidarité est de droit dans un cas comme dans l'autre.

L'actionnaire ou le créancier agissant en vertu de l'article 42 pourra demander à n'importe lequel des auteurs de la faute la réparation complète du dommage. Mais

(1) PIC, II, N° 1041, PERCELOU, *op. cit.*, p. 46. — Cass. 19 juillet 1888 S. 91-1-59. Voir aussi note 1 Dalloz, 1890-II-321.

le fondateur qui aura payé plus que sa part aura évidemment un recours contre ses codébiteurs (1).

On a soutenu pourtant que le fondateur incriminé ayant le plus souvent commis un délit dans l'irrégularité en cause, serait sans action récursoire contre les autres obligés solidaires, en vertu du principe connu de droit pénal que les coauteurs d'un délit ne peuvent exercer de recours entre eux (2), mais outre que cette décision est inique en soi, l'arrêt du 8 novembre 1886 sus-mentionné et cité par M. Pic, répond fort bien que « l'action intentée par un codébiteur en vertu des art. 42 de la loi de 1867 et 1214 du Code Civil, n'est point une action en garantie tendant à exonérer le délinquant des conséquences de sa faute; mais bien une action en ré pétition de la part revenant au codébiteur dans le « dette commune, si cette part a été payée ».

Reste à savoir comment devra se faire cette répartition: par parts égales (3) ? proportionnellement au nombre d'action possédées (4) ?

Il semble plutôt qu'il appartient au juge, en appréciant la responsabilité de chacun de répartir proportionnellement à la gravité des fautes respectivement commises par eux le quantum de leur participation (5).

Au cas cependant où le juge ne pourrait trouver des

(1) PERCEROU, *op. cit.*, p. 46. — PIE, II, N° 1042. — Cass. 8 nov. 1886 S. 87-1-353. — 23 janv. 1895 D. 95-1-173. — 13 mars 1901 Gaz. Trib. 9 août 1901. LYON-CAEN et RENAULT, II, N° 796 *ter*. ARTHUYS, I, N° 392.

(2) Paris, 27 décembre 1883 Jour. des Soc., 1885, p. 22.

(3) LANCE. De la responsabilité des fondateurs et des administrateurs des Sociétés Anonymes, p. 147.

(4) Bordeaux 9 mars 1874 D. P. 77-1-49. Cass. 13 mars 1876 D. P. 77-1-49. Toulouse, 23 mars 1887 D. P. 87-2-233.

(5) PERCEROU, p. 46. PIE, II, N° 1042. — ROUSSEAU, I, N° 2032. — Dijon, 19 mars 1902 Jour. Soc., 1902, 439. — Cass. 13 mars 1901 Gaz. Trib. 9 août 1901.

éléments suffisants d'appréciation, la pratique tend alors à appliquer le partage par parts visibles (2).

IV. *Nature de l'action en responsabilité de l'art. 42*

Si nous faisons abstraction pour un moment de l'article 42, nous voyons que les fondateurs sont responsables.

1° En vertu du droit commun et dans les termes de l'art. 1382 du Code Civil de leurs fautes délictuelles soit envers les actionnaires, soit envers les tiers, soit même directement envers la Société.

2° Et d'après la thèse que nous avons soutenue, envers la Société pour la gestion qu'ils ont entreprise de ses affaires. En observant qu'en tant qu'associé l'actionnaire représente une fraction de la Société et peut comme tel exercer l'action sociale pour sa part et portion.

Cette seconde cause de responsabilité se retrouve d'ailleurs sous une forme ou sous une autre dans toutes les hypothèses qui ont été soutenues sur le rôle juridique des fondateurs, soit en vertu de l'art. 1302 du Code Civil par suite de la violation des obligations contractuelles qu'on suppose à la base des rapports entre fondateurs et souscripteurs, soit par suite de la faute commise par les premiers dans la gestion des affaires des souscripteurs. Le seul point vraiment important où ces hypothèses diffèrent de la nôtre, c'est que l'action sera presque toujours propre aux actionnaires, alors que pour nous elle appartient d'abord à la Société. Nous retrouverons d'ailleurs ce point tout à l'heure.

L'action en responsabilité que la loi a donné dans

(2) Douai 6 août 1903 D. P. 1907-2-377.

l'art. 42 soit aux actionnaires soit aux tiers est-elle une application des principes que nous venons d'énoncer ou est-elle d'une nature particulière ?

Sous l'empire de la loi de 1867 et comme elle était interprétée par la Jurisprudence, ainsi que nous l'avons déjà vu, la responsabilité des fondateurs n'était pas la même vis-à-vis des associés et vis-à-vis des tiers. Il semblait donc naturel d'en conclure qu'elle pouvait avoir une base juridique distincte pour chacun de ces cas.

Quant à l'action des tiers, comme il n'y avait évidemment aucun lien contractuel entre eux et les responsables, il ne pouvait être question de faute contractuelle (Civ. 1302) (1). Il était difficile, d'autre part, d'assimiler cette action à celle de l'art. 1382, car si on retrouve des deux côtés l'idée de faute à la base de l'obligation, l'article 1382 n'oblige qu'à la réparation du préjudice en résultant alors que l'ancien art. 42 avait, comme nous l'avons vu, une portée bien plus grande, puisque pratiquement il faisait du fondateur en faute un associé en nom responsable *in infinitum* de tout le passif. D'autre part, la responsabilité n'est solidaire que dans certains cas pour le premier, alors qu'elle l'est de plein droit pour l'art. 42. Aussi en cette matière ne pouvait-on parler, à notre avis, ni de responsabilité contractuelle ni de responsabilité délictuelle; il y avait là une action d'une nature toute particulière, analogue aux actions pénales du droit romain; la loi de 1867 édictait une véritable peine civile.

Quant à l'action en responsabilité en faveur des associés, celle-ci ne pouvait donner lieu ni à une réparation

(1) Cependant les créanciers peuvent, en vertu de l'art. 1166 C. Civ. exercer les actions appartenant à leur débiteur, c'est-à-dire à la Société (PERCEROU, *op. cit.*, p. 67).

supérieure au préjudice résultant de la faute, ni, sous réserve de l'observation faite au paragraphe précédent, à une condamnation solidaire.

D'autre part, les termes de l'ancien article 42 « ... les fondateurs... sont responsables solidairement envers les « tiers, *sans préjudice des droits des actionnaires* », semblent bien démontrer que le législateur n'avait voulu en l'occurrence, que faire un rappel au droit commun que les actions dont nous avons parlé au début de ce paragraphe.

Il importait peu, d'ailleurs, de savoir si l'omission ou l'accomplissement défectueux d'une formalité constitutive pourrait être considéré comme une faute contractuelle ou délictuelle, les conséquences en étant sensiblement les mêmes; le seul avantage de l'art. 1302 sur l'article 1382 est relatif à la charge de la preuve. Or, la pratique ne semble pas avoir rencontré beaucoup de difficultés sur ce point.

La loi de 1893 a unifié les effets de la responsabilité des fondateurs tant vis-à-vis des tiers que vis-à-vis des associés. Mais si elle a rendu la condamnation proportionnelle au dommage résultant de l'annulation, la solidarité est maintenant de droit dans tous les cas.

Le nouvel art. 42 a donc amoindri quant aux tiers, la force de leur droit, il ne semble pas cependant qu'il ait voulu modifier la base juridique de celui-ci, sa rédaction même montre que le législateur a voulu assimiler les associés aux tiers et non les tiers aux associés.

A notre avis, on doit donc considérer cette responsabilité comme spéciale. N'est-elle pas, d'ailleurs, spéciale en ce qu'elle ne porte que sur les fautes des fondateurs susceptibles d'entraîner l'annulation de la So-

ciété, spéciale encore en ce qu'elle rend solidaires non seulement les auteurs de la faute, mais tous ceux qui, plus ou moins, ont contribué à la formation de la Société? Ajoutons que nous admettrions volontiers à sa base l'idée de peine civile; nous avons vu cependant que l'on ne pouvait y faire intervenir la question de la bonne ou de la mauvaise foi de l'auteur de la faute.

Il faut ajouter que la Jurisprudence, sans repousser formellement cette idée, comme toute autre, d'ailleurs, est fort confuse en la matière. Le seul point sur lequel on soit à peu près d'accord, c'est que l'art. 42 ne fait pas obstacle à la responsabilité des fondateurs tant dans les termes de l'article 1382 en ce qui concerne leurs délits que par suite du non-accomplissement de leurs obligations, contractuelles pour les uns, quasi-contractuelles pour les autres (1).

Abordons, maintenant, à la faveur de ces développements, une question particulièrement délicate et d'ailleurs bien embrouillée : *L'action en responsabilité est-elle individuelle ou collective ?* (2).

Distinguons entre l'action en responsabilité appartenant aux associés et celle appartenant aux créanciers sociaux.

En ce qui concerne cette dernière, il est impossible de la regarder comme collective; tant que la Société est *in bonis*, les créanciers sociaux ne disposent d'aucun organe commun, chacun aura à faire valoir ses droits, comme il l'entendra, et l'action d'un créancier ne pourra réfléchir sur le droit de l'autre (3).

(1) Voir PIE, II, N° 1024. PERCEROU, p. 34 et 59.

(2) Voir sur le criterium des actions sociales ou individuelles, HUPIN et BOSVIEUX, Traité des Sociétés, n° 1066.

(3) THALLER, N° 559. PERCEROU, *op. cit.*, p. 67.

Il n'en est plus de même lorsque la Société tombe en faillite; les créanciers sont alors organisés par la loi en une masse qui possède un représentant légal, le syndic de la faillite; dans ces conditions sera sociale « l'action « présentant un égal intérêt pour la masse créancière « tout entière, et tendant à reconstituer le patrimoine « social, gage collectif de celle-ci, compromis ou frauduleusement réduit par la faute ou le dol des fondateurs » (1).

La Jurisprudence fait application de ce principe en décidant que le syndic est seul recevable (sauf, bien entendu, le droit pour chaque créancier de faire valoir les causes de lésion particulières dont il a pu être affecté), à agir en responsabilité contre les fondateurs et à conclure au nom de la masse une transaction opposable à tous (2).

Ce que nous venons de dire du droit des tiers, s'applique aussi bien à l'action en responsabilité de l'article 42 de la loi de 1867 qu'à celle du droit commun résultant de l'art. 1382 du Code Civil et même à l'action oblique de l'art. 1166 Code Civil permettant aux créanciers d'exercer les actions de leurs débiteurs (3).

Au contraire, en ce qui concerne les droits des associés, nous distinguerons entre les diverses causes qui peuvent être à la base de la responsabilité des fondateurs.

L'action est-elle intentée en vertu de l'art. 1382 du Code Civil pour un délit civil du droit commun, il importe de déterminer quelle est la personne juridique

(1) PIC, N° 989. PERCEROU, *ibid.*

(2) PIC, page 398, note 1, arrêts et auteurs cités.

(3) PERCEROU, *op. cit.*, p. 68. — Chambéry, 26 mars 1875. *Le Droit*, 22 mai 1875 (cité par lui).

affectée *directement* par la faute des fondateurs ? Est-ce la Société, l'action sera sociale; sont-ce les actionnaires pris *ut singuli*, l'action sera individuelle.

« Considérant, d'autre part, dit un arrêt rendu, il est
« vrai, en ce qui concerne la responsabilité des admi-
« nistrateurs (1), que les parties civiles sont fondées à
« exercer l'action individuelle contre les administrateurs
« de la Société, leur action ayant pour base des faits
« délictueux desquels résulte un dommage causé à l'ac-
« tionnaire personnellement; que dès lors les parties
« civiles sont recevables à demander la réparation du
« préjudice qui leur a été occasionné, le liquidateur
« n'étant pas en cause pour l'exercice de l'action so-
« ciale ».

L'action a-t-elle pour cause des fautes commises par les fondateurs dans leur gestion d'affaires, comme d'après nous, ceux-ci ne sont que les gérants de la Société, l'action ne peut être que sociale.

D'ailleurs, ce à quoi a droit l'actionnaire, c'est au titre, à l'action; or, celle-ci ne représente pas un capital certain, mais une quote-part dans la valeur de la Société, que cette valeur baisse ou diminue, l'actionnaire a toujours droit au centième ou au millième, par exemple, du capital social. Quand les fondateurs commettent une faute dans leur gestion d'affaires, c'est-à-dire dans la constitution de la Société, cette faute occasionnera directement une baisse dans la valeur de la Société; mais c'est simplement par répercussion que l'actionnaire se trouve atteint.

D'autre part, en sa qualité d'associé, comme nous avons déjà eu l'occasion de le faire remarquer, l'action-

(1) Paris 11 juillet 1914 D. P. 1917-2-74.

naire pourra exercer les actions de la Société pour sa part et portion et notamment les actions en responsabilité appartenant à celle-ci, qu'elles aient pour fondement une faute délictuelle ou résultant de la gestion d'affaires des fondateurs (1). Sous la réserve cependant que lorsque la Société, par un mandataire dûment habilité, comme son liquidateur, par exemple, intentera ou transigera elle-même sur cette action, l'actionnaire se verra valablement opposer ces jugements ou transaction car il ne tient ses droits qu'en qualité d'associé et comme tel est soumis aux décisions dûment prises des organes de direction qui, sous le voile de la personnalité interne, le représente, ainsi que les coassociés (2).

Reste la responsabilité spéciale édictée par l'art. 42, quoique la Jurisprudence n'ait jamais bien clairement distingué celle-ci des actions du droit commun, sus analysé, il ne semble pas douteux que chaque actionnaire puisse intenter en son nom et en vertu de cet article une action en dommages-intérêts équivalant au préjudice qu'il croirait avoir subi (3).

Mais cette action peut s'exercer aussi d'une manière collective. Aux termes de l'art. 17 de la loi de 1867, les actionnaires peuvent se réunir pour intenter par mandataire une action commune en responsabilité contre la mauvaise gestion des administrateurs, aucune raison sérieuse n'empêche d'étendre ce texte à l'action en responsabilité contre les fondateurs.

(1) PERCEROU, p. 54 et suiv. Paris 6 mai 1885. D. P. 86 2-25. Et au cas de faillite. Req. 23 fév. 1885, Rev. Soc. 85, p. 390. Trib. Comm. Seine 26 janv. 1894 Rev. Soc., 1894, p. 256.

(2) PERCEROU, *ibid.* Lyon 12 mars 1885 (Banque de Lyon et de la Loire). Revue critique 1885, p. 296.

(3) THALLER, N° 556. — PIE, II, p. 391, arrêts et auteurs cités. PERCEROU, *ibid.* *Cour de Dijon* 20 nov. 1913 Jour Soc. 920-45.

Cette concentration permettra de simplifier la procédure, les actionnaires n'y paraîtront plus en nom, c'est encore une exception à la règle « nul ne plaide par procureur ».

Mais faut-il ne voir dans cette action collective qu'une simplification de procédure? Tel n'est pas l'avis de M. Thaller. « Tous les actionnaires, dit-il, ont des droits « égaux, procédant de souscriptions semblables. Pour-
« quoi ces droits égaux ne formeraient-ils pas une masse
« pour donner lieu à une action commune? Les fon-
« dateurs se sont engagés par gestion d'affaires ou par
« mandat à effectuer une constitution régulière. Ils ont
« fait cette promesse non pas seulement à chaque sous-
« cripteur, mais aussi à la collectivité de ces souscrip-
« teurs qui ont formé le corps des actionnaires d'ori-
« gine » (1).

Cette proposition entraîne logiquement les conséquences suivantes :

1° Faculté d'obtenir une condamnation globale qui, tombant dans la caisse sociale, servirait tout d'abord à couvrir le passif de la Société;

2° Faculté de pouvoir élaborer une transaction globale opposable à tous;

3° Enfin, au cas de faillite, l'action en responsabilité tomberait entre les mains du syndic représentant légal de la Société (2).

Mais on se trouve aussi obligé d'admettre que la clause des statuts réservant à l'assemblée générale le droit de décider si l'action sociale doit être exercée et en interdisant l'exercice *ut singuli* aux actionnaires (clause licite,

(1) THALLER, N° 557.

(2) THALLER, N° 558. PIC, 55, N° 991.

d'après la Jurisprudence) (1), régira l'action en responsabilité de l'art. 42, en sorte que les anciens fondateurs possesseurs de la majorité des actions pourront impunément brimer la minorité, comme d'ailleurs en l'absence de cette clause ils pourront opposer à cette minorité une transaction franchement mauvaise.

Aussi ces conséquences sont loin d'être admises par tous. Notamment la transaction passée entre le représentant de la Société ne paraît pas, pour beaucoup, pouvoir être opposée aux dissidents (2).

L'action individuelle, en effet, ne saurait être niée, la volonté du législateur ne peut d'ailleurs guère faire de doute sur ce point. L'art. 42 ne donne textuellement d'action qu'aux « *actionnaires* » et non pas à la Société, et il y a peu à compter sur un revirement de Jurisprudence sur ce point.

D'autre part cependant, si nous admettons une action individuelle propre et intangible, nous avons vu que son exercice était soumis à la condition de l'existence d'un préjudice, or, la Société peut, par l'exercice de son action personnelle, résultant des principes que nous avons admis, éteindre par contre-coup l'action individuelle des actionnaires en supprimant le préjudice causé.

En résumé, il existe pour nous, en dehors de l'application de l'art. 1382 C. Civ., deux actions en responsabilité : l'une générale et résultant seulement des prin-

(1) *PIC*, page 392, note 1. *Trib. Comm. Seine* 6 mai 1920 *Jour. Soc.* sept.-oct. 1921, p. 463.

(2) Consulter *LYON-CAEN* et *RENAULT*, par. 789. — *Lyon* 8 mai 1884 *D. P.* 84-2-219. — *Lyon* 9 fév. 1883 *D. P.* 1883-2-193 (mais revirement par arrêt *Lyon* 12 mars 1885). *THALLER*, Examen doctrinal, *Revue critique*, 1886, cités par *PERCEROU*, p. 54 et *PIC*, II, N° 992 et arrêts et auteurs cités page 396 note 1.

cipes, appartient à la Société; l'autre, spéciale et résultant de l'art. 42 de la loi de 1867, appartient en propre à chacun des actionnaires lésés.

Cette dualité peut être critiquée, mais elle nous semble impossible à éviter dans notre législation actuelle.

CHAPITRE VI.

Rémunération des Fondateurs Remboursement de leurs déboursés

Des divers modes de rémunération, Des conditions de validité que doivent remplir ces modes. Des différentes manières dont les fondateurs peuvent stipuler ces avantages.

APPENDICE

Remboursement des débours des Fondateurs au cas d'échec dans la constitution.

Bien avant la constitution définitive de la Société, les fondateurs auront englouti dans l'affaire qu'ils vont lancer, des sommes souvent très importantes. Ces sommes auront servi notamment aux recherches préliminaires destinées à apprécier la valeur de l'affaire, ou bien à s'assurer divers aides ou concours utiles, enfin à assurer la constitution de la Société et la souscription de ces actions.

Pratiquement, d'autre part, il est bien évident que les fondateurs n'auront pas donné leurs soins à l'affaire ni encouru gratuitement les lourdes responsabilités que nous venons d'étudier.

Que ceux-ci demandent et le remboursement de leurs dépenses et la rémunération de leurs bons soins et offic-
ces et qu'ils en fassent si possible une condition *sine*

qua non de la constitution de la Société, il n'y a là rien que de très naturel, surtout dans le monde des affaires.

Cependant, la loi de 1867 a laissé entièrement dans l'ombre le premier problème (remboursement des dépenses des fondateurs. Quant au second, on pourrait croire qu'elle a toujours considéré les fondateurs comme des actionnaires et le plus souvent comme des apporteurs et que les bénéfices que ceux-ci pourraient faire en ces qualités suffiraient à les désintéresser. Une telle solution serait illogique : d'une part, nous avons vu que le fondateur n'est pas obligatoirement souscripteur d'actions et, d'autre part, même s'il est actionnaire, les bénéfices qu'il pourra retirer de ce chef lui sembleront bien lointains et minimes, alors surtout, comme nous allons le voir, que les souscripteurs ne peuvent avoir pour contre-partie qu'un versement en numéraire ou un apport en nature et que le législateur s'est occupé tout particulièrement de la majoration des apports et a pris de multiples précautions pour l'empêcher.

D'ailleurs, l'art. 4 de la loi de 1867 soumet à l'approbation des assemblées générales, non seulement les apports, mais aussi « *les avantages particuliers* » stipulés au profit d'un des associés.

Mais le législateur ne disait pas en quoi pouvaient consister ces avantages particuliers. La pratique n'a pas été longue à remédier au peu d'ingéniosité de la loi et à découvrir des procédés spéciaux, notamment les parts de fondateurs, de nature à remédier aux lacunes de celle-ci et surtout plus propres à favoriser les combinaisons des hommes d'affaires.

Il n'est pas exagéré de dire que nulle part on n'avait

vu pareille éclosion et une si grosse dépense d'ingéniosité. Ceci s'explique, d'une part, par l'importance des intérêts en jeu; d'autre part, par le besoin de rechercher des combinaisons plus souples; enfin, il faut bien le dire, par le désir manifeste de tourner les prescriptions édictées par le législateur en la matière.

Les questions qui nous occupent ont d'ailleurs une grande importance au point de vue économique. D'une part, les frais de constitution, surtout en ce qui concerne la publicité et le lancement de l'affaire sont souvent énormes et hors de proportion avec celle-ci, en sorte qu'ils viendront grever lourdement le budget de la Société naissante, qui devra, si elle veut agir légalement, en prévoir l'amortissement rapide.

D'autre part, les souscripteurs mettent, comme la pratique le montre, une facilité déplorable à accorder les avantages qui leur sont demandés par les promoteurs, par suite d'un défaut de prévision, car ces avantages sont, la plupart du temps, éventuels et ne devant se réaliser que dans un avenir éloigné. En sorte que si la Société réussit, l'actionnaire en profite mal; si, au contraire, elle traverse une période de crise et qu'un remaniement, une transformation, une fusion soit rendue nécessaire, l'opération sera particulièrement délicate du fait de la coexistence de deux natures différentes de titres, en un mot les actionnaires ne sont plus les maîtres de la Société puisqu'ils ne peuvent rien faire qui puisse préjudicier aux porteurs de titre spéciaux, sans avoir leur consentement.

Nous traiterons particulièrement dans ce chapitre de la rémunération même des fondateurs, nous contentant seulement de dire quelques mots à l'occasion du rem-

boursement de leurs dépenses (1). Ce n'est pas que logiquement les deux questions doivent être réunies; mais la pratique montre que dans la plupart des cas les statuts attribuent en bloc certains avantages aux fondateurs sans déterminer ce que représente leur rémunération et ce qui est donné en paiement de leurs débours; nous verrons, d'autre part, qu'une Jurisprudence, toute prétorienne, d'ailleurs, montre une tendance très nette à assimiler les deux hypothèses.

Nous étudierons successivement les trois points suivants:

1^o Quels sont logiquement les divers modes de rémunération qu'on peut envisager et les principales réalisations de la pratique ?

2^o Quelles sont les conditions de validité que doivent remplir ceux-ci ?

3^o Des différentes manières dont les fondateurs peuvent stipuler ces avantages et de la nature juridique de ces stipulations.

On pourrait se demander préalablement s'il est nécessaire, pour la validité de la Société que les fondateurs n'agissent qu'à titre onéreux ? Nous avons vu, en effet, que la rigueur des principes amenait à cette solution ceux qui voyaient dans les rapports entre fondateurs et souscripteurs les effets d'une stipulation pour autrui. Il n'en est rien pour nous, qui ne voyons là que les effets de la gestion d'affaires, celle-ci étant en son essence gratuite. La question, d'ailleurs, a peu d'importance pratique.

(1) Nous traiterons d'ailleurs dans un appendice à ce chapitre de l'importante question du remboursement des fondateurs au cas d'échec dans la constitution de la Société.

I. Des différents modes de rémunération

Les fondateurs sont loin de stipuler toujours, ouvertement, leur rémunération, et ne se la font octroyer souvent que d'une manière détournée.

La pratique en cette matière découvre tous les jours de nouveaux procédés; nous nous contenterons de signaler les plus typiques.

I. Les promoteurs peuvent tout d'abord se faire concéder certaines places particulièrement lucratives. Ils peuvent ainsi s'être désignés dans les statuts comme premiers administrateurs. Il est vrai que cette clause ne vaudra, vis-à-vis de l'assemblée générale, que comme simple indication; mais seulement faute de stipulation formelle contraire et si, d'autre part, leurs pouvoirs ne peuvent dépasser trois ans, ils peuvent doubler la durée de leurs fonctions s'ils ont fait ratifier leur nomination par les assemblées constitutives (1). Cependant il n'est pas douteux que l'assemblée générale peut les révoquer pour incapacité ou pour mauvaise gestion (2).

II. Toute autre est la combinaison suivante qui permettra aux fondateurs de réaliser immédiatement les bénéfices de l'opération. Ceux-ci opèrent la constitution de la Société entre eux, ce qui leur permet d'aller plus rapidement et d'éviter certaines formalités. Une fois la Société définitivement formée, une publicité habile fait monter le cours des actions, qui sont alors revendues par les fondateurs, l'écart entre le prix d'émission et le prix de vente représente leur bénéfice. Il ne faudrait d'ailleurs pas confondre cette opération avec l'émission à prime, dont nous parlerons tout à l'heure.

(1) PIC, II, N° 958 et 1102.

(2) Ibid., N° 1117 et suiv.

III. Les fondateurs peuvent enfin se faire concéder certains droits de priorité ou d'option particulièrement dans le droit de souscrire soit aux actions émises lors de la constitution soit aux émissions postérieures.

Mais le plus souvent, et même en outre de ces avantages indirects, les promoteurs se feront concéder une rémunération directe de leurs services.

Logiquement, cette rémunération directe ne pourrait consister soit qu'en un prélèvement sur le patrimoine social qui s'imputera uniquement sur les bénéfices, ou bien mêmes sur le capital, soit qu'en un versement direct fait pas les souscripteurs aux fondateurs.

Pratiquement, ces trois opérations différentes peuvent se réaliser de la manière suivante : (1)

1° Par l'attribution de parts de fondateur, c'est-à-dire de « parts constatées par des certificats négociables nominatifs ou au porteur, et donnant au porteur, pour « le rémunérer (le fondateur) des soins mis à la constitution de la Société, droit à une quote-part dans les « bénéfices annuels, sans pouvoir d'entrée aux assemblées générales, ni droit dans le capital social » (2).

2° Par la majoration des apports, les fondateurs étant en même temps apporteurs, leurs apports sont évalués au-dessus de leurs valeurs; l'écart en résultant représentant la rémunération de leurs services.

3° Le souscripteur paie en même temps qu'il libère son action, une prime au fondateur, qui sera souvent

(1) Le moyen le plus simple et d'ailleurs parfaitement valable, consisterait en l'attribution d'une certaine somme d'argent. Il est fort rarement employé sauf en ce qui concerne les frais de constitution proprement dits qu'on porte généralement au passif de la Société et qu'on amortit après comme nous le verrons par la suite.

(2) THALLER, N° 638.

d'ailleurs l'établissement de crédit qui procède à l'émission. C'est ce que l'on appelle l'émission à prime.

Mais cette énumération est loin d'être limitative. Innombrables sont les combinaisons de a pratique en la matière. Celles-ci viennent chaque jour dérouter la science des juristes.

C'est ainsi qu'on pratique couramment l'émission au-dessus du pair, qui ne se distingue des émissions avec prime qu'en ce que l'écart entre le pair et le prix d'émission au lieu de revenir aux établissements émetteurs, tombe dans le patrimoine de la Société où il vient former une sorte de caisse noire qu'on ne doit assimiler ni au capital social ni aux bénéfices réalisés et dont la Société a la libre disposition.

De même, on voit figurer, à côté des parts de fondateur des actions de prime qui, outre les avantages accordés aux premiers titres donnent droit à participer à la gestion sociale et même parfois à une part du capital social à la liquidation de la Société (1).

D'ailleurs nous n'avons pas ici à étudier dans le détail ces divers procédés, et notamment leur nature juridique, ce serait, en effet, sortir du cadre que nous nous sommes tracés. Nous nous bornerons donc à approfondir les conditions de leur validité en général.

II. *Conditions de validité*

La Société Anonyme est formée avec un capital énoncé dans les statuts et publié des diverses manières prévues par la loi. Il importe à la sûreté des tiers et tel est d'ailleurs le vœu du législateur que le capital annoncé existe réellement.

(1) Prc, II, N° 799 et suivants.

Aussi le capital social ne peut-il être souscrit qu'au moyen d'actions de numéraire ou d'actions d'apport; l'action numéraire exige de toutes façons un décaissement (ou un engagement à décaisser) d'espèces au moins égal à la part du capital social souscrit. Elles ne peuvent donc se prêter à la rémunération des fondateurs, ne pouvant leur être remise gratuitement (1).

D'autre part, tout titre qui n'est pas action de numéraire est action d'apport par hypothèse, dès qu'il représente une fraction quelconque du capital social.

Or, les services rendus par les fondateurs au moment de la constitution, qui sont des services passés, ne peuvent faire l'objet d'un apport. Les comprendre dans le patrimoine social, en effet, ne serait possible que s'ils représentaient une valeur réelle et existante au moment de la constitution. Or, il n'en est évidemment rien, et les compter dans le capital social ce serait avoir un capital fictif pour la partie qu'ils représentent. Les énonciations statutaires dûment publiées doivent faire ressortir un actif net et appréciable et permettre aux tiers d'évaluer avec une certitude suffisante la surface et la solvabilité de la Société avec laquelle ils traiteront et de connaître l'étendue réelle de leur gage (2). « C'est une « règle d'ordre public, dit M. Cotelle, que les actions « d'une Société doivent correspondre à la souscription « d'une mise en argent ou à l'apport de choses dont la « valeur soit réelle et non fictive » (3).

(1) Mais la Société pourrait parfaitement remettre aux fondateurs à titre de *datio in solutum* un certain nombre d'action *libérées* (Pic, II, p. 146, note 2). L'opération est évidemment aussi licite que dans le cas où la Société les rémunère en argent.

(2) Pic, II, N° 925. Cass. 22 février 1892. Jour. Soc. 1892, p. 514. — Paris 12 janv. 1887 Jour. Soc. 1887, p. 772. — Trib. Comm. Seine, 28 juill. 1887 Jour. Soc., p. 445.

(3) Rapport de M. COTELLE Cass. 3 janv. 1900. D. P. 1900-1-289. Voir

Il en serait d'ailleurs de même pour des services à rendre. Il a été jugé, en effet, que le capital d'une Société par actions ne peut être formé en tout ou partie au moyen d'un apport d'industrie non pas tant, d'ailleurs, de ce qu'il ne représente qu'une valeur irréalisable et d'ailleurs conditionnelle, mais de ce qu'étant, par sa nature, successif et éventuel, il ne peut être intégralement libéré dès la constitution, contrairement à l'article 3 de la loi de 1867 (1).

Les services rendus par les fondateurs ne peuvent donc être rémunérés par des titres représentant une part du capital social. On en déduit assez couramment la nullité des actions de prime, c'est-à-dire des titres qui ne représentant aucun apport en nature ou en espèces n'en donnent pas moins droit à la gestion sociale et à une part du capital de la Société à la liquidation (2).

Pour nous, le principe que nous avons énoncé plus haut, doit supporter les atténuations qui découlent de son fondement même. La prohibition d'éléments fictifs dans le capital social n'a été édictée que dans l'intérêt des tiers (ce qui ne veut pas dire que la nullité ne pourrait être demandée que par eux seuls); mais ne concerne pas les associés qui ne sont protégés comme pour tous autres avantages qu'ils pourraient concéder que par la formalité d'approbation de ces avantages par les assemblées constitutives, approbation sur laquelle les

aussi cet arrêt et Cass. 14 juin 1887 D. P. 1887-1-417. — PERCEROU, *op. cit.*, p. 115. Le caractère fictif d'un apport doit entraîner la nullité de la Société, le capital social n'étant plus entièrement souscrit. PERCEROU, *ibid.*, VAVASSEUR N° 416 bis. — Paris, 5 décembre 1881. D. P. 1885-2-355.

(1) En ce sens, note de M. PALMADE sous CAEN, 28 juin 1912 D. P. 1914 2-161. Sur la nullité des apports en industrie à une Société Anonyme, HOUPIN et BOSVIEUX, N° 556.

(2) PIC, II, N° 800.

actionnaires ne peuvent d'ailleurs pas revenir, comme nous allons le voir.

Nous pensons donc qu'il ne faut admettre la nullité des actions de prime qu'autant qu'elles sont de nature à induire les tiers en erreur sur la véritable consistance de l'actif social mais que, sous cette condition, les associés peuvent valablement concéder à des non-actionnaires le droit à participer à la gestion sociale et à la répartition du capital à la liquidation, après évidemment que le passif social ait été acquitté (1).

Nous reconnaissons, d'ailleurs, que la Jurisprudence ne semble pas avoir adopté cette thèse. « Les parts bénéficiaires, sous quelques noms qu'elles existent, dit « un jugement du Tribunal de commerce de la Seine « (2), ne représentent aucune fraction du capital social « et ne confèrent aucun droit d'ingérence dans les affaires de la Société ».

Ce que nous venons de dire sur le principe de la réalité du capital social condamne évidemment l'opération qui consiste à faire bénéficier les fondateurs apporteurs d'une majoration dans l'évaluation de leurs apports. Mais cette hypothèse a été spécialement prévue par le législateur. Pour empêcher cette fraude, les art. 3 et 4 de la loi de 1867 édictent que l'estimation donnée aux apports doit être approuvée par les assemblées constitutives et que les actions remises en représentation de ces apports, actions qui, comme nous l'avons déjà vu, doi-

(1) En faveur de la thèse qui considère les actions de prime comme n'étant pas de véritables actions. HOUPIN, I, N° 284. — Voir sur la question : PERCEROU, p. 141 et 204 à 207. — LYON-CAEN et RENAULT, II, N° 560. DALLOZ, Suppl., N° 860. FUZIER-HERMANN, N° 2043.

(2) Jugement du Trib. de Comm. de la Seine confirmé par la Cour de Paris et pourvoi rejeté Cass. 9 mars 1903 S. 1906-1-16 cité par LECOUTURIER, Traité des parts de fondateurs, p. 69.

vent être intégralement libérées, ne peuvent être négociées que deux ans après la constitution définitive de la Société.

L'art. 4 ajoute, d'ailleurs, que cette approbation « ne « fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui « peut être intentée pour cause de dol ou de fraude » (1).

La Jurisprudence et la Doctrine en déduisent, par argument *a contrario* « que l'approbation des apports par « la deuxième assemblée constitutive, après que leur valeur a été vérifiée dans les formes légales, est définitive et sans recours, sauf le cas de dol ou de fraude » (2)

« Considérant, dit un arrêt de la Cour de Paris (3), « que le vote unanime de tous les souscripteurs en numéraire tant sur les apports collectifs que sur les avantages particuliers constitue une décision souveraine « formant la loi des parties.

« Considérant qu'alors même que la valeur des apports ou la cause des avantages particuliers aurait « été plus ou moins majoré, cette majoration, à défaut « de justifications de manœuvres dolosives ou frauduleuses, ne saurait autoriser la Cour à reviser la délibération de l'assemblée des actionnaires; qu'elle ne « saurait non plus donner ouverture à une action en

(1) La Jurisprudence pousse l'analogie jusqu'à décider que le caractère définitif et irrévocable de l'approbation des apports ne saurait être opposé à des actionnaires ayant acquis leurs actions postérieurement et qui se plaignent de la fraude dont ils ont été victimes; surtout si les formalités de la loi de 1867 n'ont été qu'un moyen pour les fondateurs et apporteurs de consommer cette fraude (Cass. 19 fév. 1889 J. S. 1890, p. 40. Seine 14 mars 1890. J. S. 1890, p. 295.

(2) Cass. 3 janv. 1900. D. 1900-1-289. Rouen 10 mars 1897. Rev. Soc. 1898, p. 13. Paris 1er juin 1904 Rev. Soc. 1905-25 LYON-CAEN et RENAUD, II, N° 717. — ARTHUYS, I, 359. — ROUSSEAU, I, N° 1853. — HOUPIIN et BOSVIEUX, 5^e édit., N° 598.

(3) Paris, 1er juin 1901 sus cité.

« rescision pour cause de lésion et à plus forte raison
« motiver une action en nullité de la Société ».

On peut considérer ce principe, en ce qui concerne les associés, comme un point acquis dans notre droit; mais les tiers, les créanciers de la Société, ne pourrait-il, ce nonobstant, se prévaloir quand même de la nullité de la Société. Quoique ceux-ci aient en dehors de l'action oblique de l'art. 1166 une action directe pour se prévaloir de cette nullité, il ne semble pas que l'on puisse leur accorder ce droit; il est peu probable, en effet, que le législateur ait voulu leur donner le droit de demander l'annulation de la Société, alors qu'il le refusait aux actionnaires. Ce serait, d'ailleurs, pratiquement, ouvrir la porte à bien des procès de pure chicane.

Nous venons de voir que les fondateurs ne peuvent être rémunérés, du moins théoriquement, qu'avec des titres spéciaux et non avec des actions. Nous devons nous demander maintenant s'il faut étendre à ces titres les règles protectrices des art. 3 et 4 de la loi de 1867, devra-t-on soumettre leur création et leur attribution à l'approbation des assemblées constitutives et ces titres ne seront-ils négociables que deux ans après la constitution définitive de la Société ?

Disons tout de suite que la Jurisprudence refuse d'appliquer à ceux-ci l'interdiction biennale de négociation; mais qu'elle les soumet, au contraire, à l'approbation des assemblées constitutives.

En effet, l'art. 3 (modifié par la loi du 16 novembre 1903), ne parle, quant à l'interdiction biennale de négociation que des « *actions représentant des apports* » ; or, les titres qui nous occupent non seulement n'en ont pas la forme, mais nous avons vu, de plus, que les services

qu'ils rémunèrent ne peuvent faire l'objet d'aucun apport.

L'art. 4 ou contraire est rédigé tout autrement. « Lors-
« qu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en
« numéraire, on stipule à son profit des avantages par-
« ticuliers... » Ce texte est autrement étendu que l'art. 3,
il place nettement, à côté des apporteurs en nature, tous
les autres *associés* ayant bénéficié d'un avantage quelcon-
que.

« L'on entend par avantages particuliers, dit M. Pic (1),
« soumis comme tels à vérification toutes les rémunéra-
« tions attribuées aux fondateurs ou à leurs auxiliaires
« pour services rendus ou à rendre à la Société en fonc-
« tion, en tant du moins que ces rémunérations tendent
« à rompre l'égalité qui doit régner entre associés ».

Mais l'art. 4 ne parle que des apports et avantages fait
à un associé. Or, nous avons déjà fait remarquer que le
titres dont il est question ne confèrent pas cette qualité
aux fondateurs puisqu'ils ne représentent aucun apport.
N'y aurait-il donc lieu à l'approbation prévue par l'art. 4
que si le titulaire de l'avantage est en même temps sous-
cripteur d'actions en numéraire ou apporteur en nature.

A raison de cette difficulté certains auteurs avaient
essayé de considérer notamment les parts de fondateurs
comme conférant à leurs possesseurs des droits d'asso-
cié (2); la Jurisprudence ne s'est pas ralliée à leur point
de vue (2).

(1) PIC, II, N° 931.

(2) THALLER, N° 839. M. Thaller a d'ailleurs abandonné cette opinion
dans les dernières éditions de son ouvrage.

(3) Sur la nature juridique des parts de fondateurs, consulter LECOUTU-
RIER, *op. cit.* titre II et arrêts cités. LYON-CAËN et RENAULT, 2^e édit., N°
252 bis. — Lyon 14 juin 1911 sous Civ. 20 juin 1917 D. P. 1917-1-
134. On cite cependant en sens contraire (rendu il est vrai en matière fis-
cale), Cass. 16 nov. 1904. S. 06-1-49.

Il faut cependant soumettre sans doute tous les avantages, quels qu'en soient les titulaires, à l'approbation de l'assemblée générale (1).

L'intervention du législateur ne fait, en effet, aucun doute; il a voulu protéger les actionnaires contre la rapacité des promoteurs de l'affaire; en insérant dans le texte du premier alinéa de l'art. 4 le terme d'associé il a cru adopter une formule plus souple et plus compréhensive et il n'est pas exagéré de dire que s'il avait voulu restreindre l'application de cet article il aurait employé le mot de fondateur.

Pratiquement, d'autre part, admettre que la création de certains titres comme les parts de fondateur puisse s'accomplir sans les formalités protectrices de la loi de 1867, c'est permettre bien facilement de tourner la loi. On considère, en effet, comme légal, et il est fréquent à l'heure actuelle, de voir les apports en nature être rémunérés non plus par des actions, mais uniquement par des parts de fondateurs.

Pour résumer les considérations qui précèdent, disons que les services rendus par les fondateurs ne peuvent pas être mentionnés pour une part intégrante du capital social et que leur rémunération ne devient définitive que par l'approbation des assemblées constitutives, mais qu'elle devient alors inattaquable.

Ces règles, comme nous allons le voir, s'appliquent aussi en ce qui concernent le remboursement des dépenses effectuée par les fondateurs pour la constitution de la Société.

Ceci semble aller de soi pour la première de ces règles. Que l'on rembourse les promoteurs soit par un prélève-

(1) FUZIER-HERMANN, N° 3.370 et suiv.

ment sur le capital social, soit par l'attribution de titres spéciaux, il est bien évident que les services en question, bien qu'étant d'une utilité sans conteste pour la Société, ne représentent aucune valeur actuelle ou future dans l'actif de la Société sur laquelle les créanciers de la Société pourraient exercer le droit de gage général de l'article 2092 du Code Civil.

Aussi lorsque la Société rembourse purement et simplement les fondateurs (il faudrait d'ailleurs raisonner de même au cas où la Société rémunérerait les fondateurs par l'allocation d'une somme d'argent) les sommes ainsi déboursées doivent figurer au passif de la Société.

Dans la rigueur des principes on devrait attendre l'amortissement complet de ces dépenses souvent énormes, avant de distribuer aucun dividende. Cependant, la Jurisprudence reconnaît que l'on peut, sans encourir le reproche d'une distribution de dividendes fictifs, amortir par annuités le passif en question (1).

L'usage est de répartir l'amortissement de ces frais en tenant compte de l'importance des bénéfices réalisés. Mais serait-il suffisant que cet amortissement soit réparti sur toute la durée de la Société (2) ou, au contraire, le juge du fait jouirait-il d'un pouvoir d'appréciation souverain ? (3).

Enc e qui concerne le deuxième point, à savoir l'ap-

(1) Nantes 20 juin 1885. J. S. 1886, p. 581. — Seine 28 mars 1887. J. S. 1889, p. 104. — Paris 18 mars 1887 R. S. 1887, p. 195. — Dijon 24 avril 1899 D. P. 1903-1-169. — Lyon 20 fév. 1903 J. S. 1904-21. — THALLER et PIC, N° 887. — HOUPIN et BOSVIEUX, I, 627.

(2) Voir Bruxelles 17 juillet 1912. J. S. 1913-435.

(3) CHARPENTIER. Le Bilan dans les Sociétés par actions, p. 156 et 159. Dans la pratique commerciale, l'amortissement ne commence d'ordinaire que pendant l'année qui suit celle de la dépense (Paris 18 mars 1887 précité).

probation par les assemblées constitutives, la logique voudrait que les opérations de remboursement des frais des promoteurs n'y soient point soumises, car il ne s'agit pas là *d'avantages*.

La Jurisprudence est cependant en sens contraire (1), tout au moins en ce qui concerne l'attribution de titres spéciaux aux fondateurs comme dation en paiement (2). Il est certain que pratiquement, en dehors même de la confusion que nous avons déjà signalée souvent faite par les promoteurs entre leur rémunération et le remboursement de leurs dépenses et des fraudes que ne manqueraient pas d'avoir lieu si les tribunaux se ravisaient,, que les comptes des frais de constitution méritent d'être examinés avec le plus grand soin tant par leur importance que du fait que les dépenses ont été effectuées non par un mandataire choisi par la Société, mais par les fondateurs qui ne sont que des gérants d'affaires, toujours plus ou moins sujets à caution.

Néanmoins il est difficile en doctrine d'étayer de raisons sérieuses cette Jurisprudence toute prétorienne.

III. *Des différentes manières dont les fondateurs peuvent stipuler leur rémunération et de la nature juridique de ces stipulations :*

En dehors de toutes stipulations, les fondateurs, gérants des affaires de la Société, ont une action contre elle en remboursement des dépenses utiles par eux faites (art. 1375 du Code Civil).

(1) Besançon 3 août 1898 Jour. des Soc. 1900-14. D. P. 1886-2-77. Note de M. LEVILLAIN. HOUPIN, I, N° 485, PIE, II, N° 933.

(2) Il est douteux de savoir si on doit soumettre à vérification l'attribution d'une somme déterminée pour frais de premier établissement. (Voir THALLER, N° 533).

D'ailleurs, même pour ceux qui n'admettent pas notre thèse, les fondateurs, au cas de constitution de la Société, auraient toujours l'action de *in rem verso*; quoique celle-ci soit moins compréhensive que l'action de l'article 1375, puisqu'elle suppose forcément un enrichissement de la Société.

Mais, en dehors de toutes stipulations, les fondateurs n'ont pas droit à la rémunération de leurs services, la gestions d'affaires, comme le mandat étant d'essence, sinon forcément, gratuite (art. 1986 C. Civ.).

Si, comme nous avons vu que cela était possible, les fondateurs demandent cette rémunération directement aux souscripteurs, l'opération juridique relève du droit commun des contrats et n'offre rien de bien particulier.

Il n'en est pas de même lorsque la rémunération est demandée à la Société. En la forme, les promoteurs ne disposent que de deux moyens : soit stipuler ces avantages dans les statuts, soit se les faire concéder postérieurement à la constitution de la Société.

En effet, toute stipulation de ce genre, faite pendant la période constitutive et non insérée dans les statuts, ne saurait engager la Société (1) et ne vaudra qu'entre les parties, soit comme engagement direct si telle a été leur volonté, soit le plus souvent comme stipulation de portefort.

Nous retombons donc forcément dans notre second cas : rémunération concédée postérieurement à la constitution.

Notons que, dans cette hypothèse, leur rémunération ne saurait être constituée autrement que par l'allocation

(1) PIC, II, N° 847. HOUPIŒ et BOSVIEUX, I, N° 627. Voir infra contrats passés par les fondateurs pour le compte de la Société.

d'une somme déterminée et non sous la forme d'attribution de titres spéciaux dont il ne serait pas parlé dans les statuts, à moins d'employer la procédure relative à la modification de ceux-ci.

Nous ne croyons pas que le conseil d'administration ait des pouvoirs suffisants pour allouer aux fondateurs les sommes dont il s'agit. Les administrateurs ne peuvent, en effet, accomplir seuls que des actes de gestion et non des actes de disposition (1) comme il semble bien que ce sera normalement le cas dans notre hypothèse.

Cette ratification peut-elle d'ailleurs émaner valablement d'une *assemblée générale ordinaire*, sans qu'il soit nécessaire qu'elle remplisse les conditions exigées par la loi pour les assemblées constitutives ?

De toute façon, dans cette hypothèse, les fondateurs se trouvent à la merci du bon vouloir de la Société. Ils ne pourront protester si celle-ci ne leur accorde qu'une rémunération jugée par eux insuffisante.

Pour l'éviter, ils n'ont qu'à choisir notre première solution, c'est-à-dire à stipuler les avantages dont s'agit dans les statuts mêmes.

Est-ce à dire que, dans ce cas, ils seront à l'abri de tout avatar ? Non ; les assemblées constitutives peuvent ne pas homologuer ces avantages ; mais alors la Société ne peut se constituer, car les statuts forment un tout indivisible et les actionnaires ne peuvent porter atteinte aux droits des avantageés que de leur consentement. La formule est tout ou rien.

Pratiquement, ce droit de pouvoir tout annuler alors que la phase constitutive est finie, représente une arme

(1) THALLER, N° 536.

puissante qui amènera presque forcément une transaction entre les fondateurs et les actionnaires (1).

Néanmoins, le caractère juridique de cette stipulation semble bien malaisé à définir.

Il n'est pas douteux qu'après l'adhésion des souscripteurs aux statuts un commencement de lien obligatoire s'est produit; mais celui-ci n'est parachevé que par l'approbation des assemblées constitutives.

Comment doit-on l'analyser pendant la période intermédiaire : obligation sous condition suspensive ou résolution, option ?

Le plupart des auteurs ne voit là qu'un effet de la loi reportant l'effet obligatoire des statuts; la question d'ailleurs n'offre guère d'intérêt pratique.

IV. *Remboursement des déboursés faits par les fondateurs au cas de non-constitution de la Société.*

Nous venons de voir que les fondateurs pouvaient stipuler dans les statuts le remboursement des frais par eux exposés et à quelles conditions cette stipulation était valable.

Mais la clause en question ne peut recevoir son application qu'au cas où la Société se constitue, si les fondateurs échouent ils ne pourront pas en exciper à moins de stipulation expresse en ce sens.

Non pas, parce que la Société n'ayant pu dépasser la période constitutive, n'a pu apparaître à la vie juridique et qu'en conséquence l'obligation serait nulle ou plutôt inexistante comme manquant du sujet passif nécessaire pour la supporter, pour nous, en effet, la Société a une existence interne réelle dès le début; mais parce que la

(1) La Société peut, en effet, modifier ses statuts à cette phase de la période constitutive. PIC, II, N° 950 contre LYON-CAEN et RENAULT, II, N° 717).

naissance de cette obligation est subordonnée à l'approbation de l'art. 4 de la loi de 1867, or, la Société n'ayant pu, par hypothèse, arriver jusqu'à ce stade, une condition nécessaire manque à la formation du contrat.

Cette explication ne vaut d'ailleurs que ce que vaut la tendance jurisprudentielle signalée plus haut à assimiler ces clauses aux clauses portant attribution d'un avantage déterminé à un ou plusieurs associés.

Il résulte de l'explication que nous venons de donner que nous n'avons pas besoin pour résoudre la question posée, de déterminer à quel moment précis finit la période constitutive. La clause des statuts dont s'agit recevra son application du moment qu'il aura été procédé aux formalités d'approbation.

N'est-ce pas d'ailleurs conforme à l'équité puisqu'à ce moment les fondateurs perdent la direction de l'affaire au profit des premiers administrateurs. Il ne semble donc pas qu'on puisse les rendre, même indirectement, responsables des événements postérieurs à cette date.

Rien n'empêcherait d'ailleurs que les statuts ne reportent à une époque ultérieure l'événement à partir duquel les fondateurs auraient définitivement droit aux bénéfices de ces stipulations.

De même les statuts pourraient prévoir le remboursement des déboursés des fondateurs même au cas où ceux-ci ne pourraient arriver à réunir les assemblées constitutives. Cette clause semble valable (1).

Mais aura-t-elle pour effet d'obliger la Société, car elle n'a pas été confirmée par les formalités de l'art. 4 de la loi de 1867 et ne vaudra-t-elle alors que comme obligation directe des souscripteurs envers les fondateurs, ce

(1) LYON-CAEN et REAULT, II, N° 694.

qui serait d'ailleurs suffisant puisqu'elle permettrait à ceux-ci de retenir sur les remboursements qu'ils ont à faire somme égale à leurs déboursés ?

Mais revenons à notre question principale. Nous avons vu qu'en l'absence d'une stipulation précise, la clause des statuts autorisant le remboursement des déboursés des fondateurs ne s'appliquait pas au cas d'échec dans la constitution de la Société.

Cependant dans ces cas, comme dans le cas où les statuts sont muets sur la question générale du remboursement des fondateurs, ceux-ci n'y auraient-ils pas cependant droit non plus en vertu d'un contrat spécial ; mais en vertu des principes généraux de notre droit.

C'est ainsi d'ailleurs que nous avons reconnu aux fondateurs une action en répétition des sommes par eux avancées, lorsque la constitution de la Société a réussi (1).

Disons tout de suite que dans l'hypothèse envisagée actuellement la Jurisprudence et la majorité de la doctrine ne semblent pas reconnaître un pareil droit et autorisent les souscripteurs à reprendre *intégralement* le montant de leurs souscriptions, mais sans intérêt cependant (2).

D'après ces auteurs toute souscription étant subordonnée de plein droit à la condition de la constitution définitive de la Société, la défaillance de cet événement anéantirait rétroactivement la souscription. Aucun lien de droit ne subsistant plus entre le souscripteur et les

(1) Mais nous avons vu que dans cette hypothèse cette action pouvait se concevoir comme une application de l'action de *in rem verso* ; or la théorie de l'enrichissement injuste ne saurait donner d'action au cas de non-constitution.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, II, N° 694. — HOUPIŒ et BOSVIEUX, I, N° 596 531. — THALLER et PIC, II, N° 845, 875, 881 et 948. — DALLOZ Suppl. verbo Société N° 1310. Trib. Comm. Seine, 29 mai 1880, J. S. 1891, 327 et 22 février 1900, J. S. 1900, 315. — Lyon 28 oct. 1891, J. S. 1893, 220.

fondateurs, celui-ci pourrait réclamer à ces derniers le montant des sommes par lui versées, ces versements ayant été faits sans cause, et ce pour leur intégralité, en vertu des règles de la répétition de l'indu (1).

Ce raisonnement ne saurait nous convaincre. Tout d'abord, la rétroactivité de la condition n'étant qu'une fiction légale n'anéantit pas tous les actes postérieurs à son arrivée, on admet unanimement, en effet, par une extension des règles posées par le Code Civil en matière de réméré, qu'elle laisse subsister les actes d'administration. La thèse que nous combattons ne serait donc admissible qu'à la condition de démontrer que les fondateurs ne peuvent pas faire d'actes d'administration ou, alors, de faire un départ, bien difficile, entre les divers actes qu'ils auront pu accomplir.

Nous croyons, en outre, qu'il est inexact de faire intervenir en la matière l'effet d'une condition dont, dans le cas le plus général, les statuts ne parleront ni de près ni de loin.

C'est, en effet, chose bien facile et d'un abus courant que de sous-entendre ces fameuses clauses tacites et les juristes de notre temps n'ont que trop de tendances à se servir de ce moyen déplorable pour se tirer des cas épineux. C'est ainsi que l'on arrive à hérissier de conditions multiples ce malheureux acte de souscription. Mais le rôle de la doctrine n'est pas de venir compliquer et obscurcir les actes juridiques qu'elle analyse; mais bien de les expliquer d'une façon claire et précise en évitant toute assimilation arbitraire.

Nous avons déjà démontré au commencement de cette thèse que la Société Anonyme dès la première souscrip-

(1) HOUPIN et BOSVIEUX, I. N° 531.

tion vivait d'une vie juridique; cette existence n'est pas une simple fiction, bien au contraire, la seule fiction en la matière étant celle imposée par le législateur qui pendant la période constitutive bouche à la Société toutes vues sur le dehors et la considère comme inexistante au point de vue des tiers.

Il en faut conclure que la Société ayant existé pour les souscripteurs, a fonctionné pour eux. Si elle n'arrive pas à dépasser la période constitutive, elle ne *s'anéantit pas* pour cela; mais ne pouvant atteindre le but qu'elle poursuit qui est en premier lieu l'accomplissement des formalités légales qui lui donneront une existence extérieure, elle est sujette à *dissolution*, exactement comme une société complètement formée se dissout lorsque l'exploitation de la chose pour laquelle elle s'était constituée, est devenue impossible, pour une raison ou pour une autre.

Et nous avons dit ci-dessus qu'il appartenait d'ailleurs aux fondateurs de procéder à la liquidation de la Société dont la personnalité interne survit le temps nécessaire à l'accomplissement de ces opérations.

Mais si la Société existe toujours, les promoteurs, gérants de la Société, peuvent lui demander, conformément au droit commun, le rembursement des dépenses qui au moment où elles ont été engagées présentaient une utilité à l'égard de la Société. Et ces sommes devront être distraites de l'actif social avant que celui-ci ne soit partagé entre les associés (1).

Cette thèse laisse un grand pouvoir aux juges du fait en ce sens qu'ils auront à apprécier l'utilité des services

(1) Consulter ALAUZET, N° 461; VAVASSEUR, N° 423 et PERCEROU, p. 153 à 155.

rendus; elle nous semble équitable, car il nous semble injuste de faire ou non participer le souscripteur aux aléas de la Société suivant qu'elle aura ou non dépassé telle ou telle période; elle nous semble enfin pratique, car la doctrine contraire a pour effet, au moins singulier, de pousser les fondateurs à la constitution de la Société alors qu'ils savent pertinemment qu'elle est vouée à un échec, car ils n'auront pas d'autres moyens pour retirer leurs déboursés.

D'ailleurs la Jurisprudence que nous avons citée, est loin d'être aussi assise que l'on pourrait le croire. Ainsi l'arrêt de la Cour de Lyon du 28 octobre 1891 déclare solidairement responsables du paiement des dépenses faites pour travaux et achats de matériel en vue de la formation d'une Société, les souscripteurs qui ont assisté à diverses réunions dans lesquelles la création du passif avait été décidée ou ratifiée et elle n'en a exonéré d'autre que parce que n'assistant qu'à une première réunion, ils avaient pu croire à l'abandon du projet, vu l'absence de la presque totalité des membres convoqués. Cet arrêt, presque uniquement rédigé en fait, ne saurait, à notre avis, être invoqué pour ou contre dans la question de droit.

CHAPITRE VII

Contrats passés pour le compte de la Société par les Fondateurs

1^o Des divers modes de rémunération. — 2^o Des conditions de validité que doivent remplir ces modes. — 3^o Des différentes manières dont les fondateurs peuvent stipuler ces avantages.

APPENDICE

*Remboursement des déboursés des fondateurs en cas d'échec
dans la constitution.*

*Contrats passés pour le compte de la Société
par les fondateurs (1)*

Nous avons vu que d'après la Jurisprudence et la doctrine classique la Société Anonyme ne peut posséder la personnalité morale avant d'avoir quitté définitivement la phase constitutive, c'est-à-dire après l'acceptation des administrateurs et commissaires des fonctions auxquelles ils ont été nommés (art. 25 de la loi de 1867).

La Société ne peut contracter que quand elle a une existence juridique et elle ne peut, par hypothèse, avoir d'existence juridique qu'à partir du moment où elle est définitivement constituée (2).

(1) LESCOT, *op. cit.*, p. 31 et suiv. et 257 à 275; PERCEROU, *op. cit.*, p. 59 à 61.

(2) FUZIER-HERMANN, N^o 3.343.

Si la Société ne peut contracter pendant la période constitutive, elle ne peut non plus, pour la même raison, être obligée ni par gestion d'affaires ni par stipulation pour autrui (1).

Il en résulte que les fondateurs ne pourront contracter au nom de la Société, même sous la double condition de la constitution de celle-ci et de l'approbation par elle de leurs opérations (2). En effet, la rétroactivité de la condition a pour effet de faire remonter la naissance des obligations avant la constitution définitive de la Société, celles-ci se trouvent donc atteintes d'un vice fondamental puisqu'à ce moment elles n'ont pas de sujet actif ou passif sur qui elles puissent se poser.

« Le néant, dit un jugement du Tribunal de Toulouse (3) ne peut être obligée à quoique ce soit et il n'y a par suite d'engagements valables pour une Société que ceux qui ont lieu depuis sa naissance. »

Et même d'ailleurs si les fondateurs traitaient avec les tiers au nom de la Société en leur déclarant l'état d'incapacité juridique où elle se trouve, ce serait suffisant pour permettre de demander l'annulation de la Société (4).

Cependant il existe un moyen pour les fondateurs de pouvoir obliger la Société pendant la période constitu-

(1) Voir supra ce que nous avons dit sur les difficultés que l'on rencontre si on veut faire intervenir la notion de gestion d'affaires ou de stipulation pour autrui par suite de la non existence du géré ou du gratifié lorsque l'on n'admet pas la personnalité interne de la Société.

(2) Trib. Comm. Seine 12 décembre 1892 et 27 mars 1893 sous Paris 23 juillet 1894. S. 95-2-105 et note de M. HOUPIN. Consulter aussi Paris 1er juin 1889. R. S. 1889. 13 et 1573. — Besançon, 3 août 1898. J. S. 1900-14. Cass. 28 oct. 1901. S. 1904-1-37. Seine 10 février 1908. J. S. 1909-221. Seine 25 nov. 1909. J. S. 1911-457.

(3) Trib. Civ. Toulouse 21 juin 1908. J. S. 1909, p. 186. Voir aussi Cass. 24 avril 1893. S. 1894-1-197.

(4) LESCOT, *op. cit.*, p. 259.

tive, c'est d'insérer cette obligation dans les statuts. C'est ainsi qu'il pourrait être stipulé dans ceux-ci le versement d'une commission déterminée au banquier émetteur des titres et la Société en serait tenue (1). Stipulation qui devrait d'ailleurs être approuvée par l'assemblée générale, si le banquier en question était fondateur ou associé et le paiement ne pourrait être fait qu'après la constitution définitive (2).

Mais à cette exception près, dans l'état actuel de la Jurisprudence, il reste pour seule ressource aux fondateurs de s'engager en leur nom personnel et d'attendre la constitution définitive de la Société pour demander à celle-ci de bien vouloir reprendre à sa charge les contrats passés.

Mais jusqu'à la ratification, eux seuls, sont obligés (3).
D'où :

1° Si la Société ne se constitue pas, eux seuls resteront tenus des effets des contrats par eux passés.

2° Même, d'ailleurs, si celle-ci se constitue, elle ne sera pas obligée de prendre ces contrats à son compte quel qu'utilité que ceux-ci aient pu présenter.

3° Enfin, si la Société approuve, ratifie et prend à sa charge ces conventions, les fondateurs seront tenus, à côté d'elle, à moins que les tiers n'acceptent la novation de ces conventions.

Et en ce qui concerne les deux premiers points, les fondateurs ne pouvant se prévaloir de la notion de gestion d'affaires ne pourront réclamer même leurs déboursés et frais en prouvant l'utilité de leurs actes au mo-

(1) Lyon 6 mars 1912. S. 1913-2-129. Le Havre 17 janvier 1912. J. S. 1914.377.

(2) HOUPIN et BOSVIEUX, I, N° 627.

(3) Toulouse 22 juin 1908 sus-cité.

ment où ils ont été faits. Ils ne pourront seulement qu'exercer l'action de *in rem verso* pour la valeur qu'ils auront pu mettre ce faisant dans le patrimoine de la Société, valeur appréciée à la constitution définitive seulement.

Cette prohibition, pratiquement, ne manque pas d'être gênante. La longueur de la période constitutive rend obligatoire pendant ce laps de temps l'accomplissement pour le compte de la Société, non seulement d'actes d'administration ; mais aussi de véritables actes de disposition.

Ainsi, d'une part : des usines, un fonds de commerce sont apportés à la Société en constitution. Faudra-t-il arrêter leur fonctionnement Ou bien, devra-t-on attendre la constitution définitive pour embaucher les ouvriers, retenir les techniciens et ingénieurs ou encore pour constituer les stocks de matières premières nécessaires au fonctionnement.

D'autre part, un immeuble particulièrement bien placé, pour l'objet de la Société, est à vendre. Une concession pourrait être obtenu, mais seulement dans un délai déterminé qui doit expirer avant qu'on ait pu arriver à constituer la Société.

Les fondateurs ont évidemment la ressource de s'engager eux-mêmes en leurs noms propres, mais cela n'est ni à leur avantage ni à celui de la Société (1).

En effet : en ce qui concerne les fondateurs :

1^o Même si leurs actes ont été ou présenté une utilité à l'égard de la Société, celle-ci ne sera pas tenue de les ratifier.

(1) PIC, II, N^o 842.

2° Et la ratification ne les dégagera pas des obligations par eux contractés, étant tenu à côté et avec la Société.

En ce qui concerne la Société :

1° Elle paiera un double droit de mutation sur les acquisitions faites, ou un double droit d'enregistrement sur les contrats ainsi passés.

2° Les droits immobiliers ainsi cédés pourront être grevés de charges du chef des fondateurs, par exemple de l'hypothèque légale de leurs femmes.

Ceci d'ailleurs pourra pratiquement être évité, par exemple de la manière suivante : les fondateurs ne se font consentir qu'une promesse de vente, une option, qu'ils recèderont par la suite à la Société.

Au contraire, si on pouvait admettre que les promoteurs, pendant la période constitutive, peuvent accomplir des actes de gestion d'affaires pour le compte de la Société, on obtiendrait des solutions bien plus conformes aux nécessités de la pratique : (1).

En effet :

I. Les droits ainsi acquis se poseraient immédiatement sur la personne de la Société sans qu'il soit besoin d'un intermédiaire.

II. Les actes ainsi accomplis n'engageraient la Société que si, une fois définitivement constituée, elle les ratifiait; cependant elle pourrait se les voir opposer et se voir condamner à indemniser les fondateurs de leurs débours si l'affaire avait été bien gérée.

III. A défaut de stipulation expresse, les fondateurs

(1) Cependant on pourrait soutenir que cette solution permettrait aux fondateurs de réaliser des apports sous forme de vente et d'échapper ainsi aux formalités gênantes édictées par la loi de 1867.

Mais on ne saurait dispenser de vérification d'approbation alors qu'il n'y aurait qu'un simulacre de vente (PIC, II, N° 930. — HOUFIN note sous Jour. Soc., 1912, p. 76.

ne seraient pas coobligés à l'exécution des obligations souscrites après leur ratification volontaire ou judiciaire.

IV. Mais à défaut de convention contraire, ils seraient présumés s'être portés fort de la constitution de la Société.

On a essayé d'obtenir ce résultat en faisant rétroagir la comptabilité sociale au jour du premier contrat conclu. Mais outre que ce subterfuge n'a pas trouvé grâce devant la Jurisprudence, il ne saurait résoudre théoriquement la question tant qu'on admet l'inexistence absolue de la Société avant sa constitution définitive.

Pour les partisans de la personnalité interne, le problème se pose d'une façon un peu plus complexe. D'après cette thèse, en effet, la Société existe par rapport aux fondateurs mais non vis-à-vis des tiers. Il en résulte qu'avant la constitution définitive les tiers ne peuvent se prévaloir contre la Société des contrats passés pour elle par les promoteurs qui sont seuls tenus (1) et ne peuvent d'ailleurs contracter qu'en leurs nom personnels. Et ainsi se trouve respectée l'interdiction légale de commencer les opérations sociales avant la constitution définitive.

Mais, d'autre part, la Société sera tenue vis-à-vis des fondateurs des contrats passés et des actes de gestion faits utilement (en se plaçant pour apprécier l'utilité au moment où ces actes ont été accomplis) et ce sans enfreindre la loi, car il ne s'agit que d'une mesure intérieure (2).

Enfin, d'après nous, si la Société se constitue, il faudra faire remonter sa naissance dès le début de la pé-

(1) PIC, I, N° 842.

(2) Consulter THALLER, N° 532.

riode constitutive et rien ne s'opposera plus à faire rétroagir la comptabilité jusqu'à la date des premières opérations.

Voici donc les avantages qu'apporte la théorie de la personnalité interne; mais comme elle ne permet pas aux fondateurs de contracter pour le compte et au nom de la Société, les droits et obligations se fixeront sur la tête des fondateurs. Et en conséquence, la Société sera exposée à payer de doubles droits de mutation, à moins que les fondateurs n'aient eu la prudence de ne se faire concéder que des promesses de vente et des options, et les fondateurs seront tenus à côté de la Société, à moins qu'ils n'aient stipulé que la ratification et la prise en charge par la Société des dites obligations vaudraient novation.

CONCLUSION

Du bulletin de souscription. -- De la vente par les fondateurs à la Société

Arrivé au terme de cette étude, il nous faut maintenant conclure. Nous avons cherché dans une première partie à établir le fondement juridique du rôle des fondateurs dans la constitution de la Société. Il nous semble avoir suffisamment prouvé qu'on ne saurait bâtir aucun système tant soit peu logique, sans admettre pendant la période constitutive l'existence de ce que nous avons appelé la personnalité interne de la Société et qu'une fois ce point admis on en venait forcément à admettre cette personnalité dès le début initial de la constitution.

Ceci une fois posé, nous avons été obligé de nous référer au droit commun des obligations pour trouver le support juridique des liens que nous voulions étudier et nous nous sommes reportés à la gestion d'affaires. Nous admettons bien volontiers que la thèse ici proposée ne va pas sans se heurter à de sérieuses objections, mais toutes celles qui ont été soutenues sur ce sujet, ainsi que nous avons essayé de le démontrer, semblent rencontrer des difficultés au moins aussi graves.

Mais s'il est bien évident que le législateur français n'est pas venu, en la matière, apporter une solution originale, il n'a pas, non plus, voulu traiter le contrat de Société comme un contrat ordinaire.

La loi ne pouvait pas laisser les souscripteurs être mis en coupe réglée par les fondateurs. Les premiers ne peuvent réellement et efficacement discuter leur droit avec les derniers et les abus sans nombre que la pratique a révélés nous dispensent d'insister sur ce point.

Du moment que le législateur abandonnait le système de l'autorisation préalable, il se devait donc d'assurer d'une autre façon la protection des futurs actionnaires.

Nous ne voulons point soulever ici la question de savoir si le système adopté par la loi de 1867 a rempli sur ce point le rôle qu'on lui avait assigné, ni s'il serait préférable d'en adopter un autre (Homologation judiciaire, Estimation des apports par des experts spéciaux) (1).

Le problème de la meilleure législation en la matière est toujours ouvert et ne semble pas sur le point d'être résolu.

Quoi qu'il en soit, la loi de 1867 s'est contentée d'attirer l'attention du souscripteur sur certains points du pacte social et à obliger les fondateurs à s'expliquer sur ce point, sans pour cela porter atteinte au libre arbitre du premier.

En se bornant à ce point de vue restreint, cependant il semble que cette loi, même après les remaniements qui y ont été apportés depuis, a laissé quelques fissures permettant aux fondateurs de respecter la lettre alors qu'ils violent l'esprit.

Ainsi notre législation ne paraît pas avoir réglementé suffisamment les opérations accessoires qui se produisent au moment de la constitution de la Société. Il était

(1) Consulter sur cette question LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, N° 719 bis. — PIC, *op. cit.*, I, N° 128. — BENDER, La défense de l'épargne par la réforme des sociétés par actions (Mosl. prat. 1912, p. 237 et suiv.). LÉOUZON-LEDESC. La réforme de la législation des Sociétés par actions. — NOEL, La réforme des Sociétés par actions.

un peu simpliste, en effet, de croire que les fondateurs n'essaieraient pas de tourner les formalités gênantes édictées par la loi pour la vérification des apports, alors qu'on leur laissait les mains à peu près libres pour toutes autres sortes de tractations à condition qu'ils ne fassent pas partie officiellement de la Société.

Si le promoteur, propriétaire d'un immeuble, d'une usine ou d'un fonds de commerce, l'apporte à la Société non seulement il se trouve soumis aux procédures de vérification, mais encore les actions à lui données en échange sont inaliénables pendant deux ans et le bénéfice qu'il retirera de l'affaire ne vaudra que ce que vaudront ces titres à cette date.

Qu'au contraire la même personne vende pour une somme fixe le même immeuble, usine ou fonds (1) et elle se soustrait aux formalités d'approbation et réalise immédiatement le bénéfice espéré.

Certes la Jurisprudence décide que la dispense de vérification ne peut être donnée que pour des ventes véritables et qu'en particulier lorsqu'une personne souscrit sans verser réellement le montant de sa souscription en l'acquittant avec le prix (censé quittancé à l'acte de vente) d'un immeuble par elle vendu à la Société, il n'y a là qu'une apparence de vente et de souscription en numéraire et réellement un apport en nature dissimulé sous cette apparence pour faire fraude à la loi (2).

Mais outre que la preuve sera souvent difficile à faire en présence des combinaisons toujours nouvelles de la pratique, les tribunaux ne peuvent rien trouver à redire

(1) Sur la possibilité de cet achat pendant la période constitutive. THALLER, *op. cit.*, N° 532 et PIER, *op. cit.*, II, N° 927.

(2) HOUPIŒ, note sur Jour. Soc. 1912, p. 76. Voir aussi Cass. 13 mars 1876. D. P. 1877-1-49. — Trib. Cour Lyon 31 déc. 1903. Jour. Soc. 1904, p. 509. — Paris, 2 janv. 1906 Jour. Soc. 1906, p. 211.

quand le vendeur ne souscrit point ce qu'il sera d'autant plus tenté de faire que l'affaire sera plus mauvaise.

Et cependant quelle belle combinaison pour se débarrasser d'une exploitation onéreuse et invendable que de la rétrocéder à une Société que l'on aura fait constituer par des hommes de paille souscripteurs du plus petit nombre d'actions.

Il semble bien qu'en cette matière des abus se produisent en pratique et qu'une réglementation sévère s'imposerait. Ajoutons, cependant, que les auteurs ne semblent pas jusqu'à présent s'être élevés avec beaucoup de force contre ce que nous considérons, à juste titre croyons-nous, comme une véritable lacune de la loi.

Mais en dehors de ce que nous avons appelé les fissures de notre législation, il faut se demander s'il ne serait pas nécessaire, en outre, de la compléter pour remplir le but visé par le législateur.

La loi de 1867, ainsi que nous l'avons déjà montré, permettait aux fondateurs de recueillir les souscriptions avant de dresser les statuts et ce, sans avoir à fournir aux futurs actionnaires des explications même sommaires sur les points les plus importants de l'acte social.

La loi de 1867 est venue apporter ici un remède par la formalité de l'insertion au Bulletin Annexe des articles essentiels des statuts; mais il ne s'agit là que d'un palliatif; en effet, outre que la loi de 1907 ne s'applique pas à toutes les Sociétés par actions, même lorsqu'elle ne s'adresse pas qu'à un public restreint (1), ce bulletin est en pratique fort peu lu et l'on peut même dire inconnu des personnes non versées dans la science des af-

(1) Le fait par exemple d'écouler les titres par démarcheurs opérant à domicile ou le simple envoi de circulaires fait-il tomber les émetteurs sous l'application de cette loi? (Pic, *op. cit.*, II, N° 1081).

faïres, prospectus et circulaires doivent reproduire les énonciations de la notice, les annonces dans les journaux, le plus dangereux de tous les procédés, ne doivent en reproduire qu'un extrait avec référence à l'insertion au Bulletin. Mais doit-on croire pour cela que le souscripteur s'y reportera ?

En fait, d'ailleurs, la publicité moderne prend le plus souvent des formes moins précises et se fait plus savante à mesure que l'éducation financière du pays progresse.

Le mode le plus efficace consiste, à notre époque, en des articles à apparence impartiale, publiés soit par des journaux financiers spéciaux, soit même par les grands quotidiens. C'est là qu'est le grand scandale de l'agio moderne et il semble bien difficile de l'atteindre.

Le législateur ne peut s'imposer qu'un but modeste, celui que nous indiquions tout à l'heure, c'est-à-dire d'attirer l'attention du souscripteur sur les points les plus importants du pacte social, de le forcer à prendre une connaissance suffisante des statuts.

La faculté reconnue par la loi de 1867 à quiconque de se faire délivrer copie des statuts; la publicité prévue par cette loi et celle prévue par la loi de 1907 ne sont que des moyens de renseignements à l'usage des hommes d'affaires et il serait vain de compter que le public ordinaire sache jamais employer ces moyens d'investigation.

Le projet de loi de 1903 comportait, à l'exemple de la plupart des lois étrangères, la réglementation du bulletin de souscription. Il est regrettable que le législateur ne s'y soit pas arrêté et se soit contenté de la réforme incomplète de la loi de 1867.

Cependant, l'idée d'obliger le souscripteur à n'apporter sa signature qu'au bas d'un document mentionnant les clauses les plus importantes des statuts, a fait ces derniers temps, beaucoup de progrès en notre pays. Outre que la doctrine s'y est ralliée à peu près unanimement, l'art. 3 du décret du 27 juillet 1922 sur la constitution des Sociétés d'assurances sur la vie à forme mutuelle et tontinière édicte que « le texte entier des projets de statuts doit être inscrit sur toute liste destinée à recevoir les adhésions ».

Ce faisant, nous ne faisons que suivre, timidement d'ailleurs, les législations étrangères. L'art. 189 du Code de Commerce allemand régleme en détail le contenu du bulletin de souscription, *qui doit être fait en double*. La loi italienne (art. 129 du Code de Commerce), édicte des prescriptions analogues; toutefois, dans cette législation, il pourrait être suppléé à l'absence de bulletin par la production d'une déclaration écrite du souscripteur dans laquelle celui-ci reconnaîtrait avoir pris connaissance et approuver les statuts. Cette disposition ne nous paraît pas heureuse en soi (1).

(1) Consulter LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.* II, N° 687 *bis*. — CELLERIER, *op. cit.* N° 211.

BIBLIOGRAPHIE

- ALAUZET. — *Commentaire des lois sur les Sociétés civiles et commerciales*, Paris, 1879.
- ARTHUYS — *De la Constitution des Sociétés par actions*. Paris, 1898.
- AUBRY ET RAU. — *Cours de Droit Civil Français*. Paris, 1897.
- BAUBY. — *Traité théorique et pratique de la responsabilité des Notaires*. .
- BENDER. — *La défense de l'Epargne par la réforme des Sociétés par actions*. (Mesl. Prat, 1912).
- CÉLLÉRIER. — *Etude sur les Sociétés Anonymes en France et dans les pays voisins*. Paris, Larose et Perin, 1905.
- CHARPENTIER. — *Le Bilan dans les Sociétés par actions*.
- COLIN ET CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit Civil Français*. Paris, Dalloz, 1916.
- COTELLE. — Note sous Cass. 3 janv. 1900. D. P. 1900.1.289.
- DALLOZ. — Repertoire alphabétique. Supplément verb. Société.
- DECUGIS. — Note sous Trib. Com. Seine, 26 fevrier 1907. *Journal des Sociétés*, 1908, p. 67.
- DUPUICH. — Note sous Dalloz, 1903.2.377.
- FLAMMARION. — *Des fondateurs de Sociétés Anonymes*. Thèse. Autun, 1891.
- FUZIER-HERMANN. — Repertoire.

- GOIFFON. — *De la condition de la Société par actions pendant la période constitutive*. Thèse. Paris, 1898.
- HOUPIN ET BOSVIEUX. — *Traité général des Sociétés*. Paris, 5^e édition.
- LABBÉ. — Note sous Sirey, 1885.1.5.
- LANCE. — *De la responsabilité des fondateurs et des administrateurs des Sociétés Anonymes*. .
- LECOUTURIER. — *Traité des parts de fondateur*. Paris, 1914.
- LEOUZON-LEDUC. — *La réforme de la législation des Sociétés par actions*.
- LESCOT. — *Essai sur la période constitutive des personnes morales de Droit privé*. Thèse. Paris, 1913.
- LEVILLAIN. — Notes sous Dalloz, 1886.2.77.
- LYON-CAEN ET RENAULT. — *Traité élémentaire de Droit Commercial*.
- LYON-CAEN ET RENAULT. — *Traité de Droit Commercial*, tome 2. 1916.
- MASSART. — *De la condition de la Société par actions pendant la période constitutive*. Thèse. Rennes, 1901.
- NOEL. — *La réforme des Sociétés par actions*, Alcan, 1911.
- PALMADE. — Note sous Dalloz, 1914.2.161.
- PERCEROU. — *Des fondateurs de Sociétés Anonymes*. Thèse. Dijon, 1896.
- PIC. — *Des Sociétés Commerciales*. Rousseau, 1914. (Collection générale Thaller).
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit Civil*. Ed. 1917.
- ROUSSEAU. — *Des Sociétés Commerciales Françaises et étrangères*.
- THALLER. — *Traité élémentaire de droit commercial*. Rousseau. Edit. 1917.
- THALLER. — *Examen doctrinal. Revue critique*, 1886.

THALLER. — Notes sous Dalloz, 1905.1.266 et 1906.1.169.

TRIPPIER. — *Commentaire de la loi du 23 mai 1863.*

VAVASSEUR. — *Traité des Sociétés Civiles et Commerciales.* Edit. 1900.

WAHL. — *Commentaire de la loi du 3 janvier 1907 dans Journal des Sociétés* (mai et juin 1907).

ZERAFFA. — *Des souscripteurs d'actions de sociétés anonymes.* Thèse. Paris, 1901.

Vu : Le Président de la Thèse,

PERCEROU.

Vu : Le Doyen,

GERMAIN MARTIN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

P. APPELL.

Table des Matières

CHAPITRE I. — Des personnes comprises sous la dénomination de « fondateur ».

Extension jurisprudentielle de la qualité de fondateur, en raison de la responsabilité pesant sur eux	1
---	---

CHAPITRE II. — Nature juridique de la Société Anonyme.

La Thèse institutionnelle. La réfutation. La société est un contrat. Les Thèses contractuelles : Théorie du lien direct. Promesse de former la société. Avant contrat. Société préliminaire. Gestion d'affaires en stipulation pour autrui. Nécessité d'admettre la personnalité interne de la société.	9
---	---

CHAPITRE III. — Nature juridique des rapports entre fondateurs et souscripteurs.

Principales hypothèses émises : Vente de certificats provisoires par les fondateurs. Société préliminaire. Contrat inconnu du type « do ut facias ». Les fondateurs gérants d'affaires des souscripteurs ou stipulant pour le compte de la société. Notre Thèse : Les fondateurs gérants d'affaires de la société.	29
--	----

CHAPITRE IV. — Obligations des fondateurs envers les souscripteurs. Applications de notre Thèse.

Obligation de constituer la société. Obligation de liquider la société si elle ne peut parvenir à franchir la phase constitutive. Obligation d'attribuer les actions aux souscripteurs conformément aux statuts. Du moment où les fondateurs doivent dresser les statuts. (Loi du 30 janvier 1907). Obligation de rendre compte. Du dol des fondateurs à l'encontre des souscripteurs.	43
--	----

CHAPITRE V. — Responsabilité des fondateurs.

1) Quelles sont les personnes responsables ? 2) A qui appartient l'action en nullité. 3) A quelles conditions d'action sera-t-elle recevable ? 4) Quelle est l'étendue de la responsabilité ? 5) Quelle est la nature juridique de la responsabilité des fondateurs ? Action collective ou individuelle.	
--	--

CHAPITRE VI. — Rémunération des fondateurs. — Remboursement de leurs déboursés.

Des divers modes de rémunération. Des conditions de validité que doivent remplir ces modes. Des différentes manières dont les fondateurs peuvent stipuler ces avantages.	
Appendice. — Remboursement des déboursés des fondateurs au cas d'échec dans la constitution.	81

CHAPITRE VII. — Contrats passés pour le compte de la société
par les fondateurs.

Théorie jurisprudentielle: La société ne peut contracter que lorsqu'elle est définitivement constituée. Conséquences. Applications de la théorie de la personnalité interne à la matière. . . . 105

CONCLUSION.

Bulletin de souscription. De la vente par les fondateurs à la société. 113

BIBLIOGRAPHIE. 119

